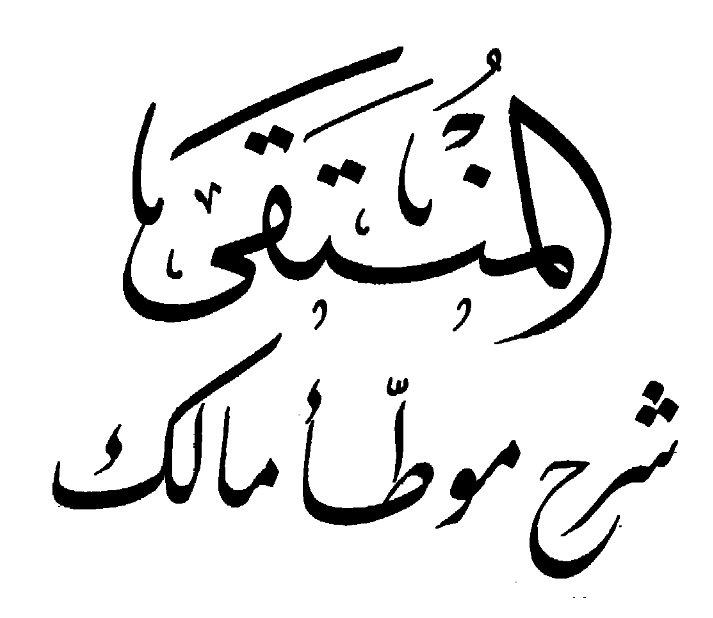


تأليف

القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي

المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق

محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الثامن

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠

صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/

e-mail : sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

ما لا يجوز من العطية

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَعْطَى أَحَدًا عَطِيَّةً لا يُرِيدُ ثَوَابَهَا، فَأَشْهَدَ عَلَيْهَا، فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلَّذِي أُعْطِيَهَا إلا أَنْ يَمُوتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الَّذِي أُعْطِيَهَا، قَالَ: وَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي إِمْسَاكَهَا بَعْدَ أَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا. فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا قَامَ عَلَيْهِ بِهَا صَاحِبُهَا أَخَذَهَا(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أعطى عطية، لا يريد بها الثواب ولا العوض، وإنما يبتلها للمعطى دون عوض، وأشهد عليها، فإنها بالإشهاد تثبت للمعطى، فليس للمعطى الرجوع فيها؛ لأن الهبة تلزم بالقول، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن الصدقة والهبة عقد جائز، وإنما تلزم بالقبض.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]. والدليل على ما نقوله من جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»(*).

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد، فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه على ضربين، ضرب: لا يقضى به، وضرب: يقضى به.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٤٦.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذي حديث رقم ١٢٩٨. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٧٥.

فأما ما لا يقضى به، فما كان صدقة أو هبة أو حبس على وجه اليمين على معينين أو غير معينين، اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشهب وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك، ولكنه يؤمر به.

ووجه ذلك أنه لم يقصد به البر، وإنما قصد اللجاج، وتحقيق ما نازع فيه، فيمسر به، ولا يقضى به عليه، ومثله روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته: كل جارية أتسررها عليك، فهى صدقة عليك، وإن وطئت جاريتى هذه، فهى صدقة عليك، فتسرر: أنه لا شىء عليه. قال محمد بن زيد: لا يقضى عليه بها.

وأما ما كان من ذلك بغير يمين، فإنه يجبر على إخراجها. وحكى محمد عن أشهب: لا يجبر على إخراجها إلا إذا كانت الصدقة على معين، بل خصومته لا للمساكين.

وجه قول ابن القاسم أن هذه صدقة على وجه البر، فوجب أن يقضى عليه بإخراجها كالأحباس.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه إذا كانوا غير معينين لم يستحق أحد المطالبة بها، فيقضى له.

قال مالك: وَمَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً، ثُمَّ نَكَلَ الَّذِى أَعْطَاهَا، فَجَاءَ الَّذِى أُعْطِيَهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ ذَلِكَ عَرْضًا كَانَ أَوْ ذَهَبًا أَوْ وَرِقًا أَوْ حَيَوَانًا، أُحْلِفَ الَّذِى أُعْطِىَ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، فَإِنْ أَبَى الَّذِى أُعْطِىَ أَنْ يَحْلِفَ، حُلِّفَ الْمُعْطِى، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَيْضًا، أَدَّى إِلَى الْمُعْطَى مَا ادَّعَى عَلَيْهِ إِذَا كَانَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ، فَلا شَيْءَ لَهُ[1].

الشرح: قوله: «**من أعطى عطية، ثم نكل المعطى**» يريد أنكر ذلك، فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن المعطى أعطاه ما أشار إليه من عرض، أو حيوان، أو ذهب، أو ورق، مثل أن يكون الذهب والورق مما يتعين كالحلى والتبر، ويحتمل أن يكون دنانير أو دراهم على قول من يقول: لا يتعين بعقد، فكان ما أشار إليه من ذلك بيد المعطى، فحكمه حكم ما فى ذمته، مثل أن يقول للرجل: اشهد أن لفلان فى مالى مائة دينار صدقة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن ذلك لازم له.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/٣٠٥.

وأما الرجل يسأل الرجل السلف أو الهبة، فيقول: أنا أسلفك، وأنا أهبك، ففى العتبية والموازية عن مالك: أن ذلك غير لازم له. ووجه ذلك أنه موعد لغير سبب.

مسألة: وأما إذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به، ولا حاجة يذكرها، فإن كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به، مثل أن يقول: أريد الحج، أو السفر، أو نكاحًا أو شراء سلعة، أو هدم دارى وبنيانها، فيقول له الرجل: افعل ذلك، وأنا أسلفك، ففى العتبية لسحنون: أن هذه العدة لازمة لمن وعدها يقضى عليه بها؛ لأنها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تلزم بالقول، سواء قال: أنظرك، أو أنظرتك، وكذلك فى هذا سواء، قال: أسلفك أو أسلفتك، سواء ذكر أجلاً للسلف أو لم يذكره.

فإن ذكر الأجل، لزمه، وإن لم يذكره، لزمه من الأجل بقدر ما يرى أن مثله فى غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف فى غناه وقوته على الأداء، يراعى الأمران فى ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين.

مسألة: ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يفضى إلى التسبب بشىء، ولكنه أسلف لحاجة ذكرها، مثل أن يقول له: إن غرمائى يلزموننى بدين، فأسلفنى أقضهم، أو يقول: أعرنى دابتك أركبها غدًا إلى موضع كذا، ويذكر حاجته، فيعده على ذلك، ففى العتبية لأصبغ: يلزمه ذلك بالقول، تسبب لحاجته أو لم يتسبب لها، إلا أن يترك حاجته تلك، فيسقط عن الواعد حكم عدته، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «ويحلف المعطى مع شاهده» مبنى على ما تقدم من الحكم باليمين معلا الشاهد، فإن أبى المعطى أن يحلف، لقد أعطاه ما شهد به شاهده، حلف المعطى أنه ما أعطاه شيئًا من ذلك، فإن أبى أن يحلف حكم المعطى بها دون يمين لنكول المعطى بعد رد اليمين عليه، وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه، فإنه يقضى عليه كمن ادعى قبل زيد مالاً، فلم يحلف زيد، ورد اليمين على المدعى فنكل، فنه يقضى عليه ببطلان دعواه.

فصل: وقوله: **«فإن لم يكن له شاهد، فلا شىء له»** ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة، وذلك أن الهبة على قسمين، أحدهما: أن تكون الهبة معينة. والثانى: أن تكون فى ذمة المدعى.

أما ما لم يكن فى ذمة المدعى، فالظاهر من المذهب أنه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى.

ووجه ذلك ضعف سبب المدعى؛ لأن فى دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين إلا بسبب يقوى الدعوى، فكان يضعف الهبة لاختلاف الناس فى لزومها وحاجتها عند مالك إلى الحيازة. وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: على المدعى عليه الهبة اليمين، فإن حلف برئ، وإن نكل المدعى عليه الهبة، أخذ منه ذلك.

مسألة: وأما ما كان فى ذمة مدعى الصدقة، مثل أن يكون لعمرو دين قبل زيد، فيطلبه منه فيقول زيد: قد وهبتنيه، فالظاهر أنه لا يحكم لعمرو على زيد بذلك الدين، إلا بعد أن يحلف أنه ما وهبه.

ووجه ذلك أن المعطى يريد إخراج ما عنده، فإن ادعى الغريم فيه ما يبرئ ذمته، لم يحكم له إلا بعد يمينه على إبطال تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء، ويحتمل عندى قسمة أخرى إن كانت الهبة بغير يد الموهوب، فلا يمين على الواهب، وإن كانت بيد الموهوب له، لم يكن للواهب انتزاعها منه إلا بعد يمينه، أنه ما وهب سواء كانت الهبة عرضًا أو عينًا، يصحح هذا التقسيم أن من استحق عرضًا بيد رجل، وزعم أنه اشتراه أنه لا يأخذه منه حتى يحلف أنه ما باع، ولا وهب، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لا يُرِيدُ ثَوَابَهَا، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطَى، فَوَرَثَتُهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطِي قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمُعْطَى عَطِيَّتَهُ، فَلا شَيْءَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً لَمْ يَقْبِضْهُ، فَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطِي أَنْ يُمْسِكَهَا، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ أَعْطَاهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا قَامَ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا[1].

الشرح: قوله: **«من أعطى عطية لا يريد ثوابها، فمات المعطى، فورثته بمنزلته»** يريد أن هذا حكم هذه الهبة، وإن كانت لغير ثواب؛ لأن حكم هبة الثواب مخالف لحكم هذه الهبة، وهذا يدل على أن مالكًا كان يقول بدليل الخطاب، فأخبر أن موت المعطى لا يبطل الهبة، وهو الصحيح؛ لأن القبض الذى يبطل الهبة عدمه لا يفوت بموت المعطى، فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وإمضاء ما كان له، وإنما يبطل بموت المعطى قبل القبض؛ لأن تمام العطية بالقبض قد فات، وقد تقدم الكلام فى باقى الباب.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢/٣٠٦.

القضاء في الهبة

١٤٢٢ - مَالِكٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً، يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ، فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا.

الشرح: قوله: «**من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة**» يريد أن يقصد بها القربة، «**فإنه لا يرجع فيها**» يريد أنها لازمة له، ليس له الرجوع فيها، سواء قبضت منه أو لم تقبض، وقد تقدم ذكره.

«**ومن وهب هبة رأى أنه أراد بها الثواب**» وليست على وجه القربة، وإنما هي على وجه المعاوضة، فإذا لم يرض منها كان له ارتجاعها كالسلعة يعرضها للبيع، فإذا لم يرض منها لم يلزم إخراجها.

وقوله: «**يرى أنه أراد بها الثواب**» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون الواهب ممن ظاهر هبته قصد الثواب بأن يهب للثواب ويعتقده، ولعله يعلم به غير الموهوب، فإن اشترط الثواب، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يجوز ذلك، وهو كبائع بقيمتها، ولكن إن وهب وسكت عن ذكر الثواب، ثم قام يطلب الثواب، فهو الذي جاء فيه قول عمر رضي الله عنه.

قال أصبغ: ذلك جائز في الوجهين. قال الشيخ أبو محمد: وهو قول ابن القاسم في المدونة، وهو أولى؛ لأنه وإن لم يشترط الثواب، فقد عرف أنه المقصود والمعروف كالشرط.

وفي هذا خمسة أبواب، الباب الأول: فيما يجوز هبته للثواب، وما لا يجوز عوضًا في هبة الثواب. الباب الثاني: فيمن يحمل هبته على الثواب من غير شرط. الباب الثالث: في مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز. الباب الرابع فيما تفوت به الهبة للثواب. الباب الخامس: في حكم وجود العيب بها.

* * *

١٤٢٢ - أخرجه الشافعي في الأم ٦١/٤، وعبد الرزاق في المصنف ١٧٧/٧، ١٠٥/٩، ١٠٦، ١٠٧، وابن حزم في المحلى ١١٩/٩، ١٢٨، والمغني ٦٠٨/٥، ٦٢١، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٤٧.

الباب الأول: فيما يجوز هبته للثواب، وما لا يجوز وما يكون عوضًا فى هبة الثواب

اعلم أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين فى بطن أمه، وما لم يبد صلاحه من ثمر أو حب، رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك أنه عقد معاوضة، فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع.

مسألة: وأما الدنانير والدراهم، فروى ابن المواز عن ابن القاسم: لا يصلح أن يوهب للثواب، فإن شرط فى ذلك ثواب فهى هبة مردودة، وهو المشهور عن مالك.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه إن اشترطه، فيكون ذلك عرضًا أو طعامًا، ومثله فى المدونة. قال ابن المواز: ولا يعجبنا ذلك، وهى غير جائزة، وليرد المثل فيها، وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك، وقاله أشهب.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن القيمة إنما تكون بالعين، فإذا كانت الهدية عينًا، فإنما تكون قيمتها من أصناف العروض، ثبتت فى الذمة، غير موصوفة ولا مؤجلة، وذلك يمنع صحة البيع، وما كان فى معناه، وأيضًا فإنه ليس فى أعيانها غرض، ولا فيها مقصد غير التصرف فيها فى البيع والشراء، وإنما هبة الثواب فيما يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له، فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر. ووجه القول الثانى أن كل ما صح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض.

فرع: فإذا قلنا إنه يجوز ذلك فى الدنانير والدراهم، وهو الأظهر من المذهب، فلا يجوز ذلك فى السبائك. وروى عيسى عن ابن القاسم: وكذلك السفاتج والنقار والحلى المكسور.

ووجه ذلك أنه ذهب أو فضة، لا غرض فى هبته غير مبلغه، فلا يوهب للثواب، وإن وهب، فهو مردود كالدنانير والدراهم.

فرع: وأما هبة الحلى المصوغ للثواب، فأجازه مالك فى المدونة والموازية. قال ابن المواز: لا يجوز هذا بحال.

وجه القول الأول أن هذا مما يجوز بيعه، وفى عينه غرض مقصود، فجاز أن يوهب للثواب كسائر العروض.

ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضه لا يتناجز فيها قبض، أو شراء عرض غير معين ولا مؤجل، فلم يجز ذلك كالبيع.

* * *

الباب الثاني: فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط

الواهب إذا وهب وشرط الثواب، فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب، اقتضى ذلك الجواز أو المنع. وأما إن وهب من غير شرط، ثم ادعى أنه قصد الثواب وطلبه، فإن كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب كالدنانير والدراهم، فدعواه غير صحيح، وقوله مردود، ولا شيء له من العوض، رواه ابن المواز عن مالك.

وروى ابن القاسم وأشهب: لا يقبل دعواه أنه وهبه للثواب. وقد روى ابن المواز: من وهب قمحًا أو شعيرًا، ففيه الثواب. وأما الذى لا ثواب فيه منه الفاكهة أو الرطب، يهدى للقادم، قاله مالك، وإن قام يطلب منه ثوابًا لمعط، قاله أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك أن الدنانير لا غرض فى أعيانها، وإنما يوهب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان والعقار، وأما الفاكهة، فلم تجر العادة بطلب الثواب على ما يوهب منها للقادم ومثله، وإنما جرت العادة بأن توهب على سبيل التآلف، فكانت محمولة على غالب المعتاد، إلا أن يشترط غير ذلك فيه.

وقال أبو عبدالله بن العطار: وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التحف كالتمر وشبهه.

فرع: فإن كان قد فات، فلا شيء له من الهبة ولا العوض، وإن كان لم يفت، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: لا عوض له، ولا له أخذه، وإن لم يفت. روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر: أن بعض أصحابنا يرى له أخذه، إن لم يفت.

وجه القول الأول أن هبته محمولة على غير العوض، فليس له أخذ هبة قد قبضت منه.

ووجه القول الثانى أنها لم تفت واحتمل. وقوله: وتقوم بملكه ويده، حلف وردت إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وما جرت عادة الناس ببلدنا من إهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش وغيرها عند النكاح، هذا وقال الشيخ أبو عبدالله بن العطار: إن ذلك على الثواب، وكذلك رأيت القضاء في بلدنا.

قال أبو عبدالله: لأن ضمان المهديين، والمهدى إليهم على ذلك، يريد أنه المعروف.

قال: وذلك كالشرط، فقضى للهدى بقيمة الكباش حين قبضها المهدى إليه، إن كانت مجهولة الوزن، فإن كانت معلومة الوزن، قضى بوزنها، وإن كان المهدى إليه بعث إلى المهدى قدرًا من لحم مطبوخ أو أكل عنده فى العرس، حوسب به من قيمة هديته، ولو كان هذا فى بلد لا يعرف هذا لم يقض فيه بثواب، وهذا الذى قاله عندى فيه نظر.

مسألة: ومن وهب له، ولم يذكر ثوابًا، ثم ادعاه، فإنه ينظر إلى ناحية المعطى والمعطى، فإن وهب غنى لفقير دابة أو كساه ثوبًا أو أعطاه ما يرى أنه أراد به صلته، فلا شيء له. وإن وهب فقير لغنى، فله الثواب، رواه ابن المواز.

وقال أشهب فى فقير وهبه غنى أو فقير: الثواب على الغى، وهبه غنى أو فقير.

ووجه ذلك أن الفقير لا يطلب منه استقرار العوض، والهبة للثواب مقتضاها المكارمة، وأن تعوض المعطى أمثال ما صار إليه، وهذا المعنى معدوم فى الفقير وموجود فى الغنى.

قال الشيخ أبو القاسم: ومن وهب هبة مطلقة، فادعى أنه وهبها للثواب عمل على المعروف فيه، فإن كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثله لا يطلب الثواب على هبته، فالقول قول الموهوب له مع يمينه، فإن أشكل ذلك، واحتمل الأمرين، فالقول قول الواهب مع يمينه.

مسألة: ولا ثواب لذى سلطان فيما وهبه، رواه ابن المواز عن أشهب؛ لأنه ليس مما يعرف أن ذا السلطان يطلب استقرار ثواب، وإنما يطلبه غيره منه.

وأما ما يهبه أحد للسلطان، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: لا ثواب فيه. والظاهر عندى من المذهب أنه على الثواب.

وجه قول أبى إسحاق أنه من أهدى إليه، فإنما يقصد التقرب منه، فعلى ذلك تحمل هبته مع الإطلاق.

ووجه القول الثانى أن عطيته، وهباته مقصودة بعوض وبغير عوض، وهى من جملة ما يرغب التقرب إليه بسببها.

مسألة: قال الشيخ أبو إسحاق: وما أهدى إلى الفقير، فعلى غير الثواب، وما أهدى هو، فعلى الثواب والظاهر عندى أنه أراد الثواب. وأما الغنى، فيجب أن يكون حكمه فى ذلك حكم سائر الأغنياء.

مسألة: ولا ثواب على سيد فيما أهداه إليه مولاه. ووجه ذلك أن الظاهر أنه إنما يهدى إليه شكرًا لإنعامه عليه بالعتق.

مسألة: وأما هبة ذى الرحم، فليست على الثواب، قال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يرى الناس أنه وهبه للثواب مثل أن يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب، فيهبه إياه استقرارًا للعوض، فهذا محمول على الثواب. ومعنى ذلك أن ما لم يبين وجه الثواب، فهو على غير الثواب.

ووجه ذلك أن هبته محمولة على صلة الرحم، وكل هبة لها وجه غير الثواب فى الأغلب، فهى محمولة عليه.

مسألة: وهبة أحد الزوجين الآخر، روى ابن المواز، أنها لغير الثواب. قال فى المدونة: إلا أن يرى أنه أراد الثواب، ومعناه ما تقدم، وذكر القاضى أبو محمد فى معونته: أن فى الهبة المطلقة روايتين، إحداهما أنها تقتضى الثواب. والثانية: لا تقتضى الثواب.

وجه الرواية الأولى أن الملكين متميزان وأن المعاوضة مطلوبة بينهما.

ووجه الرواية الثانية أن العرف جار بأن كل واحد منهما يتقرب إلى الآخر بالهدية، ويحب التقرب إليه.

وقد ذكر فى كتاب الدور والأرضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن فى بيت بكراء، فساكنها حتى انقضت المدة: أنه لا شيء على الزوج من الكراء، إلا أن تكون المرأة بينت له بذلك، وأعلمته بالكراء، وقالت: إن شئت فأده، وإن شئت فاخرج، وذلك بمنزلة أن يتزوجها وهى ساكنة فى دارها، ثم طلبت كراءها، فلا كراء لها. وقال غيره: عليه كراء مثلها، إلا أن يكون أكثر مما اكترت به.

واختلاف ابن القاسم والغير مبنى على الخلاف الذى ذكره القاضى أبو محمد فى هذا الأصل فى كتاب العدة من المدونة، فى المعتدة تعتد فى مسكن بكراء، فطلبت الكراء بعد تمام العدة: أن لها ذلك، إن كان موسرًا حين السكنى. وقال بعض شيوخنا الأندلسيين: إن المسألتين مختلفتان.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله تعالى: ومعنى ذلك عندى أن المعتدة سكنت فى وقت لا يظن به الصلة، وقد بسطت القول فى هاتين المسألتين فى شرح المدونة، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تقتضى الثواب مع الإطلاق، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنها إن ادعت أنها شرطت عليه الثواب تحلف على ذلك وتبرأ.

ووجه ذلك أنها ادعت أنها شرطت ما لا يقتضيه الإطلاق فإن لم يكن لها بينة بذلك، فالقول قول الزوج فى إنكار دعواها كادعائها سائر الشروط.

مسألة: وهذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية، فأما لفظ الصدقة، فلا ثواب فيه، قاله الشيخ أبو إسحاق، واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠]. ومعنى ذلك أن مقتضاها القربة، وذلك ينافى العوض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الثالث: فى مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز

الذى عليه ظاهر المذهب أن الهبة باللفظ لازمة للواهب، فإن أخذ المعطى قيمتها، فلا سبيل له إليها، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: فإن زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها، فقد قال محمد: ليس له منعه من قبضها، ولا من بيعها. والظاهر من قول أشهب أنها وإن كانت تلزم بالقول، إلا أن الثواب الاستسلام وترك المشاحة، وذلك مخالف للمنع من القبض.

ووجه القول الثانى أن هذه معاوضة، فكان للبائع إمساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق، فإن قبضها المعطى بغير إذن المعطى، فقد قال أشهب: يرتجعها حتى يثيبه، وليس للواهب أن يبدو له. وقال ابن القاسم: لا يرتجعها ويتلوم، فإن أثابه وإلا ردها.

والقولان مبنيان على ما تقدم فى منع الواهب الموهوب من قبضها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن فاتت الهبة، فقد لزمت المعطى بالقيمة كنكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل، فإن كانت القيمة التى تلزم فى الهبة والثواب عين، لزم قبضها والرضا بها، وإن كان الثواب دينًا مثل أن يهبه دارًا، فيثيبه منها دينًا، ففى كتاب أبى محمد: يجوز، حل الدين أو لم يحل. قال محمد: يريد أنه حوالة، ويريد إذا كان مما تقوم به الهبة فى الاستهلاك من الدنانير أو الدراهم، ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار، ولا خدمة

عبد سنين؛ لأنه فسخ دين في دين عند ابن القاسم، وجوزه أشهب؛ لأن قبض الرقبة لاستيفاء المنافع عنده قبض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الرابع: فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة

وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله.

* * *

الباب الخامس: في حكم وجود العيب بها

فإنه إن طلع على العيب قبل أن يثيبه، وقبل أن تفوت، فإن علم الواهب بالعيب، فليس له إلا قيمتها معيبة؛ لأنهما عالمان بالعيب، قاله محمد.

ووجه ذلك أن الواهب وهبها على أنها معيبة، فله قيمتها على ذلك، وإن لم يكن عالمًا بالعيب، فله صحيحة غير معيبة كانت فاتت بحوالة أسواق أو كانت جارية، ففاتت بوطء؛ قاله أصبغ في العتبية.

ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تفيته حوالة الأسواق والواهب وهب على الصحة.

فإما أن يرضى المعطى أن يثيبه على ذلك أو يرده.

مسألة: فإن ظهر العيب بعد أن أثابه، وقبل الفوات، فله ردها، والرجوع في الثواب أو إمساكها، ولا يرجع بشيء مما أثابه، وذلك كالبيع، وقد قال محمد: إن لم يعلمه بالعيب حتى فاتت بحوالة الأسواق لزمه قيمتها صحيحة، فإن شاء حبسها بذلك، وإلا ردها، وذلك أنه أراد أن فوات الهبة الموجب لقيمتها بفوت سوق أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب.

مسألة: ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها، فأثابه، ثم ظهر على العيب رجع بقدر العيب مما أثابه به إن كان الثواب أقل من قيمة الهبة، أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفى القيمة أو قبل أن يثبت لكانت عليه قيمتها معيبة.

مسألة: فإن وجد العيب بالعوض قبل أن يفوت، فله رده. قال ابن القاسم: إلا أن يكون في العوض المعيب مثل قيمة الهبة، فلا يرد أو يكون أقل، فتتم له القيمة، فلا يرد قال أشهب: له رده كما ترد الهبة؛ لأنه يرى أن لا يقبل من عوضه إلا العين، فأخذه العوض، شراء له بالقيمة التي وجبت له، واختيار له.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: **«فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»** تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع فى هبته، وإن أعطى قيمتها، إلا أن يرضى منها، فجعل عقد الهبة للثواب غير لازم للواهب ونحوه فى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك.

وقال مالك: ليس له أن يرجع، وإن لم تخرج من يده، وإذا أعطاه القيمة، فليس له أن يقول أنا راض، وهذا قول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: وهو معنى قول عمر رضى الله عنه، **«فهو على هبته ما لم يرض منها»** يريد يعطى قيمتها.

قال مالك: إما ثواب مثلها أو ردها، فمعنى قوله: ما لم يرض منها، على قول مطرف، ما لم يأخذ ما يرضيه، وإن كان قد أعطى أكثر من القيمة، ومعناه على قول مالك، ما لم يعط ما هو رضا منها عند الناس، وذلك القيمة والرضا منها يعتبر فى وجهين القدر والجنس. فأما القدر فقد تقدم ذكره.

وأما الجنس، فروى ابن المواز عن أشهب: لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين، إلا أن يتراضيا على شىء يجوز. وفى المدونة لابن القاسم: ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله، فذلك يلزم الواهب، إذا كانت قيمته قيمة الهبة، وكان مما يتعاطاه الناس فى ثواب الهبات بينهم، ولا يلزم أن يثيبه حطبًا ولا تبنًا لأنه ليس مما يتعاطاه الناس بينهم فى ذلك.

وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هى أصول الأثمان وقيم المتلفات، فلا تكون القيمة إلا منهما عند المشاحة.

ووجه قول ابن القاسم أن أعواض المبيعات على حسب العرف، ولذلك كانت فى بعض البلاد ورقًا، وفى بعضها ذهبًا، وكانت الدية على أهل الإبل إبلاً، ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما يثيب عليه من التوسعة، ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التى تجرى فى بلد الهبة، وتلك السكة لأن التقويم إنما يكون بها دون سائر أنواع العين والسكك، فإن قلنا بقول ابن القاسم، فعلى ما قدمناه أنه أمر مصروف إلى اختيار الموهوب له مع العرف.

فرع: وهذا مع التشاح، وأما مع التسامح، نظرت، فإن كانت الهبة لم تفت، يجوز أن يعوضه منها كلما يجوز أن يسلم الهبة فيه. قال ابن القاسم فى المدونة: إن وهبه أثوابًا فسطاطية، لم يجز له عند مالك أن يثيبه منها أثوابًا فسطاطية أكثر منها، ولو وهبه حنطة، لم يجز له أن يعوضه منها حنطة، ولا مما يؤكل ويشرب، إلا أن يعوضه مثل طعامه فى صفته وجودته وكيله.

مسألة: فإن كانت الهبة حليًا، وقلنا بجواز هبته للثواب، ففى المدونة: يثيبه قيمة الحلى عروضًا، ولا يأخذ دراهم ولا دنانير، وإن كان الحلى من غير جنس الثواب، يريد بعد أن يفترقا، وقبل أن يغيب الحلى، جاز.

وفى الموازية: يكون الثواب على حلى الذهب ورقًا، وعلى حلى الورق ذهبًا.

فما فى المدونة مبنى على اعتبار التناجز بالقبض فى مجلس الهبة وبحضرتها؛ لأنه صرف.

وما فى غير المدونة مبنى على اعتبار القبض فى مجلس الهبة؛ لأنه بمعنى عدم القيمة بعد وفاة الهبة، ولذلك قال: يثيب عن حلى الذهب ورقًا وعن حلى الورق ذهبًا والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْهِبَةَ إِذَا تَغَيَّرَتْ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ لَهُ لِلثَّوَابِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ، فَإِنَّ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهَا قِيمَتَهَا يَوْمَ قَبَضَهَا(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له، وإن قبضها ما لم تتغير عنده بزيادة أو نقصان فى عينها، فإن حدث بها شىء من ذلك، فقد فات ردها إلى الواهب، ولزم الموهوب قيمتها، هذا المشهور عن مالك أن الزيادة والنقص فى البدن مما تفوت به الهبة للثواب، وتلزم المعطى قيمتها.

وفى العتبية عن ابن القاسم: أن الزيادة لا يلزم بها المعطى. قال: وقاله مالك: ثم قال ابن القاسم: النماء والنقص فوت، ويجبر الموهوب له على الثواب.

وروى ابن المواز عن أشهب: للموهوب ردها فى الزيادة، وإنما معنى قول مالك، ليس ذلك للموهوب فى النقص، ولا للواهب فى الزيادة، ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبدالحكم، وقال: فإن ليس الرد إلا باجتماعهما، زادت أو نقصت.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٨.

وجه القول الأول أنه إنما لزمته الهبة بالقبض؛ لأنه ضامن لما ذهب منها، وكذلك تكون الزيادة له، فيمنعه من الرد كالبيع.

ووجه القول الثانى أن العقد لما كان لازمًا فى جنبة المعطى دون المعطى، وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ويرد العطية. وأما النقص، فهو إتلاف بعض العطية، فليس له أن يردها ناقصة، فلزمته بالنقصان دون الزيادة.

مسألة: وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب، فليست بفوت. وقال أصبغ: اختلاف الأسواق، فيها فوت. وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن الفوت فيها كالفوت فى البيع الفاسد فى العروض والحيوان والرباع.

ووجه القول الثانى أن الهبة لثواب تؤول إلى اللزوم بالقيمة، فكان تغير الأسواق مفيتًا لها كالبيع الفاسد.

ووجه القول الأول أن هذه هبة يجوز ردها، فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار.

مسألة: والبيع فوت، فإن رجعت إلى المعطى قبل أن تحول الأسواق، فهو فوت، ولا رد له، رواه ابن المواز.

ووجهه على قول أشهب فى البيع الفاسد بين واضح. وأما على قول ابن القاسم، فإن ما تفوت به هبة الثواب، فما يتم به العقد الصحيح، ويكمل بالقبول مع الإيجاب فى البيع الصحيح.

وأما البيع الفاسد، فإنه لا يتم به البيع، وإنما يرده عما عقد عليه إلى وجه من الصحة لعدم الرد وتعذره، ولو أمكن ذلك لما وجب إمضاؤه، فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب، وتجب به القيمة، فقد لزم العقد وتم، ولا يثبت بخيار الرد زوال ما فات به ولا عدمه، ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمته القيمة، ولو التزم فى البيع الفاسد لم يلزمه، والله أعلم وأحكم.

ووجه ذلك أنه مما يفوت به البيع الفاسد، ففاتت به هبة الثواب كالزيادة والنقص.

مسألة: [.......][1] الموهوب له لأهبيتها، فالواهب أحق بها كالبيع إلا أن يشاء

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

الغرماء أن يعطوه قيمتها، ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة، قاله ابن القاسم.

مسألة: ومن وهب جارية للثواب، فوطئها الموهوب، فذلك فوت يوجب عليه القيمة. وقال ابن القاسم في العتبية: روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا غاب عليها، فقد لزمه الثواب، وإن لم يطأها ولم تتغير.

فصل: وقوله: «**فقد لزمته قيمتها يوم قبضها**» يريد أنه ليس للموهوب ردها إن اختار ذلك، وليس ذلك للواهب. قال ابن القاسم: إلا أن يجتمعا على ردها. قال مطرف: وذلك أننا إذا قلنا إنها تلزم الواهب باللفظ، فإنها إذا فاتت لزمتهما جميعًا، وإن قلنا: لا تلزم الواهب باللفظ، فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما، وإن وجد الاختلاف فيما تفوت به، فإذا اتفقا بعد الفوات على الرد، فإن ذلك لمعنى الإقالة في البيع.

مسألة: فإن اتفقا على الرد، جاز ذلك، وكيف صفته؟ قال محمد: بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القيمة، ثم رجع محمد، فقال: يجوز إذا رضيا بردها، وإن لم يعرف القيمة لأنها هبة [........][1] إلا أن يوجهها له على قيمتها، يريد أن يثيبها منه بالقيمة المجهولة.

وجه القول الأول ما احتج به محمد أن القيمة مجهولة، فلا تجوز المعاوضة بها.

ووجه القول الثاني، وهو قول ابن القاسم، إن ردها فسخ العقد الأول، فلم يحتج إلى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض، فإن له إمساكها بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العبد من الثمن قبل العلم بما يلزمه من اليمين، بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض، فبأن يجوز ذلك مما لا يحتاج إلى تقويم واحد أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «**فإن على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها**» قال محمد: يوم قبضها أصوب.

وجه الرواية الأولى أن العقود التي لا تلزم، ولا تؤول إلى التمليك بزيادة أو نقصان، فإنما يراعى يوم القبض قيمة المعقود عليه كالبيع الفاسد؛ لأن المعطى إنما ضمنها بالقبض. ووجه الرواية الثانية أن الهبة قد لزمت الواهب بالقبول.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

فإذا فاتت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيمتها يوم لزمت المعطى؛ لأن المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض، فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار إذا رضى مشترط الخيار المبيع، فله ما حدث فى مدة الخيار من الزيادة، وعليه النقص.

وليس له أن يقول أنا آخذه، ويحط عنى نقصه فى مدة الخيار، وإنما قال ابن المواز: يوم القبض أصوب؛ لأن للهبة للثواب بالقبض تأثيرًا فى لزومها؛ لأنها لو بقيت فى يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان، وإنما تفوت بذلك إذا حدث عند المعطى فى بيع الخيار، وإنما يستند الخيار إلى العقد لا إلى القبض، ولأن المبيع بالخيار إنما ينفذ بيعه بالثمن المسمى والهبة للثواب بالقيمة، فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد.

* * *

الاعتصار فى الصدقة

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ أَنَّ كُلَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ قَبَضَهَا الابْنُ أَوْ كَانَ فِى حَجْرِ أَبِيهِ، فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لأَنَّهُ لا يَرْجِعُ فِى شَىْءٍ مِنَ الصَّدَقَةِ[١].

الشرح: وهذا كما قال أن من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر نفسه أو الصغير فى حجره، فليس للمتصدق اعتصارها، إذا قبضت وحيزت؛ لأن الصدقة لا اعتصار فيها؛ لأنها على وجه القربة، وما كان من العطية على وجه القربة، فلا اعتصار فيه؛ وقد تقدم من قولنا أن العطايا المنفرد بها، لازمة بالعقد، وإنما قال: «قبضها الابن، أو كان فى حجر أبيه، فأشهد له على صدقته»؛ ليذكر أقوى وجوهها فى حيازة الابن الكبير لنفسه، ثم ذكر أصعب وجوهها، وهو أن يتصدق على ابنه فى حجره، فيقضى على الإشهاد له بالصدقة، ولم يذكر الحيازة له، فلا اعتصار له فى أحد الوجهين لما احتج به من أنه لا يرجع فى شىء من الصدقة.

ومعنى ذلك ما يأتى بعد هذا من أنه لا يجوز أن يشترى صدقته، ويأخذها بعوض، فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى.

مسألة: فإن أتى بلفظ محتمل للقربة وغيرها كالهبة والنحل والعطية، فإن قرن به ما

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٩.

يقتضى القربة كقوله: هبة لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو لصلة رحمه، فقد قال ابن الماجشون: لا يعتصر هذا.

ووجه ذلك أن هذا مال يخرج عن وجه القربة، فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة.

مسألة: ومن وهب هبة يريد بها الصلة، فقد قال سحنون: لا يعتصرها كالصدقة، وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان، صغير فى حجره، أو كبير بائن عنه، وقد يكون الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة، وإنما يقتضى هبته أو عطيته لابنه الذى فى حجره أو البائن عنه إذا كان ذا مال كثير.

ووجه قول سحنون أن ظاهر هبته ومعناها القربة، وذلك يمنع الاعتصار كما لو صرح بأنها لله تعالى.

ووجه القول الثانى أنها هبة، لم يقترن بها ما يخلصها للقربة، فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغنى، وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير، بل قد يوصل الغنى وغيره، فلا يمنع ذلك الاعتصار.

مسألة: فإذا قيد الهبة أو العطية أو النحلة، فقال: إنى قد سلطت عليها حكم الاعتصار، فلا خلاف فى المذهب فى جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله ما روى النعمان بن بشير «أن أباه أتى به إلى رسول الله ، فقال: إنى نحلت ابنى هذا غلامًا، فقال: أكل ولدك نحلت مثله؟ قال: جائزٌ لا، قال: فارتجعه»(*).

فوجه الدليل من ذلك أنه قد كان وهب لابنه الغلام، ثم أمره النبى بالارتجاع، ولو لم يكن الارتجاع بهبته منه جائزًا لما أمره بذلك.

ومن جهة المعنى أن الابن قد أضيف إلى الأب مع ماله فى الشرع، فكان لذلك تأثير فى انتزاع ما بيده كالعبد.

(*) أخرجه البخارى فى الهبة ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، الشهادات ٢٦٥٠. ومسلم فى الهبات ١٦٢٣. والترمذى فى الأحكام ١٣٦٧، الحدود ١٤٤٧. والنسائى فى الوصايا ٣٦٧٠، ٣٦٧١، النحل ٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، العمـــرى ٣٧٣٢، ٣٧٣٣، ٣٧٣٤، ٣٧٣٥، ٣٧٣٦، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤١، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧. وأبو داود فى البيوع ٣٥٤٢، اللباس ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥. وأحمد فى مسند الكوفيين ١٧٨٩٠، ١٧٨٩٤، ١٧٨٩٩، ١٧٩٤٣، ١٧٩٥٢، ١٧٩٨٣، ١٨٨٦٤.

مسألة: ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافًا لأبى حنيفة. والدليل على ما نقوله ما روى ابن عباس أن النبى قال: «العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن من لا يلى ماله إلا بتوليه لم يرجع فى هبته كالابن يهب أباه.

فرع: فإذا ثبت أن الاعتصار جائز فى الهبات والعطايا، فإن أطلق لفظ الهبة أو النحلة، فإن له أن يعتصر، قاله ابن الماجشون وأصبغ فى العتبية.

ووجه ذلك أن هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقربة، فجاز فيها الاعتصار كالتى شرط فيها الاعتصار.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ نُحْلا أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ، إنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْوَلَدُ دَيْنًا يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ، وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِى أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَلَيْسَ لأبِيهِ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ عَلَيْهِ الدُّيُونُ أَوْ يُعْطِى الرَّجُلُ ابْنَهُ أَوِ ابْنَتَهُ، فَتَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ، وَإِنَّمَا تَنْكِحُهُ لِغِنَاهُ، وَلِلْمَالِ الَّذِى أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَيُرِيدُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ الأبُ أَوْ يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ قَدْ نَحَلَهَا أَبُوهَا النُّحْلَ، إنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا وَيَرْفَعُ فِى صِدَاقِهَا لِغِنَاهَا وَمَالِهَا، وَمَا أَعْطَاهَا أَبُوهَا، ثُمَّ يَقُولُ الأبُ: أَنَا أَعْتَصِرُ ذَلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنِ ابْنِهِ وَلا مِنِ ابْنَتِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ إذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ(١).

الشرح: قوله: **«الأمر المجتمع عليه عندنا»** يريد أهل المدينة، على ساكنها السلام، ثم قال: **«فيمن نحل نحلاً، أو أعطاه عطاء، ليس بصدقة، أن له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد دينًا»** خص الولد بذلك لأن الظاهر من مذهب مالك أنه لا يعتصر إلا الأبوين من الابن والابنة، صغارًا كانوا أو كبارًا.

فأما الجد والجدة، فاختلف قول مالك فيهما، فروى عنه ابن وهب: لا يعتصر، ولا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣١٢/٢٢.

يلزمه النفقة ويرث معه الإخوة، ولا يكون بيده بضع بنات الابن. وروى عنه أشهب: أن الجد والجدة يعتصران كالأبوين، وبه قال ابن عبدالحكم.

وجه القول الأول، وهو المشهور من المذهب أن الجد لا يلزمه النفقة، فلم يكن له الاعتصار كالعم.

ووجه القول الثانى أنه أدلى بالأبوة، ويقدم فى الميراث على الإخوة كالأب.

مسألة: إذا ثبت أن الأم تعتصر، فإنها لا تعتصر من يتيم، قال ابن المواز: الهبة لليتيم للإشفاق عليه، وخوف ضياعه، وهذا معناه الصلة والقربة، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: للأب أن يعتصر، وإن لم يكن لولده أم، وليس للأم أن تعتصر إذا لم يكن لولدها أب؛ لأن اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم، وهذا قول جمهور أصحاب مالك.

وروى ابن المواز عن أشهب: أن اليتيم إذا كان غنيًا، فإن للأم أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير. قال مالك: للأم من الاعتصار ما للأب.

ووجه ذلك أنها أحد الأبوين، فجاز أن تعتصر، وإن مات الآخر كالأب.

فرع: فإذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم، فوهبت ابنها الصغير فى حياة أبيه، ثم مات الأب، لم يجز لها أن تعتصر، وإن كبر، ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه، ثم مات الأب كان لها أن تعتصر؛ لأن الصغير قد انقطع عنه الاعتصار.

مسألة: وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لا أب له؛ لأنه خرج عن حد اليتم. ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيمًا حين الهبة ولا بعدها إلى وقت الاعتصار، وذلك أن ما ينافى الاعتصار وقت الهبة من اليتيم، وإن وجد قبل الاعتصار منع الإعتصار؛ لأنه ينافيه فى جميع أحوال الهبة، ويخرجها عن حكم الهبة إلى حكم الصدقة.

فصل: وقوله: «**فله أن يعتصر، ما لم يحدث الولد دينًا، يداينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه**» لم يكن للأب أن يعتصر؛ لأن ذلك يذهب أموال الناس، وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل ذمته التى تعلقت حقوق الناس بها، وذلك يمنع الاعتصار.

فرع: ولو كان الابن مديانًا، فوهبه الأب، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون:

أن الأب إذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان، لم يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث. قال أصبغ: إذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة، فله الاعتصار.

وجه القول الأول أن ما منع الاعتصار إذا حدث بعد الهبة يمنعها إذا كان موجودًا وقت الهبة كاليتيم.

ووجه القول الثانى أن دينه لم يتعلق به من أجل الهبة، فلا يمنع اعتصارها، وإنما يمنع الاعتصار دين بسبب الهبة.

فرع: وإذا وهب الرجل ابنه الكبير الغنى الهبة اليسيرة التى يرى أنه لا يداين بمثلها، فادان أو تزوج، فقد قال ابن الماجشون: ذلك يرفع الاعتصار. وقال مطرف عن مالك: لا يمنع ذلك الاعتصار، وقاله ابن القاسم فى العتبية.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من أن تلك الهبة قد قوته على ذلك.

ووجه القول الثانى أنه لم يتعلق بهذه الهبة آدمى، لأنه لم يداين، ولم يتزوج من أجلها.

فصل: وقوله: «**أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل إنما تنكحه لغناه وللمال الذى أعطاه أبوه، ويتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل إنما يتزوجها لمالها وما أعطاها، فليس للأب أن يعتصر**» يريد أن النكاح قد يقصد فيه المال، ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه قال: «تنكح المرأة لدينها، وكمالها، وجمالها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»(*).

فإذا كان المال من أغراض النكاح، وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أبيه، فليس للأب أن يزيل تلك العطية، فتبطل زيادة من زاد فى نكاحه من أجلها.

ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا يعود حكم الاعتصار، سواء دخل أو لم يدخل بها.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٩٠. مسلم حديث رقم ٣١٣، ٣١٤، ٧١٥، ١٤٤٥، ١٤٤٦. الترمذى حديث رقم ١٠٨٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٢٦، ٣٢٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٤٧. ابن ماجه حديث رقم ١٨٥٨، ١٩٤٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١٢، ٤٣٥٨، ٩٢٣٧.

ووجه ذلك أن الأب قد عرضه لذلك، فإذا تعلقت به حقوق الناس، لم يكن له إبطالها، كما لو أذن لغيره في التجارة بمال لم يكن للسيد فيه ملك، ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الأنثى.

وروى ابن حبيب عن ابن دينار، أن نكاح الولد الذكر بعد الهبة لا يمنع الاعتصار، وقال: لأن الولد الذكر دخل في ما المخرج منه بيده، ودخلت الابنة فيما المخرج منه بيد غيرها.

ووجه قول عبدالملك أن حق الزوجة قد تعلق بمال الزوج كما تعلق حق الزوج بمال الزوجة، بل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى، لما فيه من المداينة، ولما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله، فإن كان نكاح الابنة يقطع الاعتصار، فبأن يقطعه نكاح الذكر أولى.

مسألة: ويمنع الاعتصار مرض المعطى، فإن مات المعطى، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يمنع الاعتصار، ورواه ابن حبيب عن مالك: لا يعتصر مريض، ولا يعتصر منه.

فأما المريض، فإنه لا يعتصر؛ لأنه يعتصر لغيره من الورثة، وليسوا بآباء، ولا يعتصر إلا الأب.

وأما المريض، فلا يعتصر؛ لأن حقوق الورثة، قد تعلقت بماله كما لو تعلقت حقوق الغرماء بماله لامتنع الاعتصار.

فرع: فإن زال المرض، فهل يعود الاعتصار؟ رواه عيسى عن ابن القاسم: يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين. قال أصبغ: ما زال به الاعتصار من مرض أو غيره يومًا واحدًا، فلا يعود بزواله.

وجه القول الأول ما احتج به مطرف من أن المرض لم يحدثه الولد والدين والنكاح بسببه، فمنع أن يعود به الاعتصار.

ووجه آخر، وهو أن المرض الذى يؤثر فى الهبات، إنما هو المرض الذى يتصل بالموت. وأما المرض الذى يتصل به البرء، فلا تأثير له فيها.

ووجه القول الثانى أن الاعتصار إذا زال بسبب لم يعد بزواله كالنكاح والدين.

مسألة: وتغير الهبة على وجهين، فى ذاتها وفى وقيمتها، فإذا نعيرت فى قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار، قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

ووجه ذلك أن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بهـا، ولا تـأثير لـه في صفتها، فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع إلى آخر.

مسألة: وأما تغيرها في عينها ونقصها، فلا يمنع اعتصارها. وقـال أصبغ: ذلـك يمنـع اعتصارها، وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم.

ووجه قول مطرف أن نقص الهبة وزيادتها، لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة.

ووجه القول الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتصار، فبـأن يمنعـه تغير الهبـة في نفسها أولى وأحرى.

فرع: وللأب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنتـه مـن الدنـانير والدراهـم، إلا أن يجعلاهـا حليًّا، فليس له اعتصارها، قاله مالك، ورواه سحنون عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أن هذا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها.

مسألة: فإن كانت جاريـة، فوطئهـا الابـن فـالذي قالـه مـالك وابـن القاسـم وأكثر أصحابنا: أن الوطء يفسخها، وإن كانت ثيبًا، ولم تحمل. وقال المغـيرة: لا يمنـع الـوطء الاعتصار، وبـه قـال ابـن الماجشـون، وقـال: ويوقـف حتـى تستبرأ، فـإن حملـت بطـل الاعتصار.

وجه القول الأول أن الوطء غير ما أبيح من تمـام ملكـه، ويكمـل كـأحد الشـريكين يأذن لشريكه في وطء الجارية.

ووجه القول الثاني أن وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كـوطء العبـد إذا أعطـاه إيـاه سيده.

مسألة: فإن خلا بها الابن، وادعى الوطء، فإنه يمنع ذلك اعتصارهـا، قالـه يحيـى بـن عمر. وفي كتاب الاستبراء من المدونة: أن للأب أن يعتصرها من ابنه الكبير، ويسـتبرئ إذا غاب عليها، ولم يذكر أنه ادعى والظاهر أنه لم يدعه والله أعلم وأحكم.

ووجه ذلك أن ادعاء الـوطء مـع إمكانـه بـالخلوة مؤثـر فـي الحكـم، كـالزوج يخلـو بزوجته، وتدعى عليه الـوطء. قـال القـاضي أبـو محمـد: أو يكـاتب العبـد، وعلـى هـذا عندي يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاد، وفوات العين ببيع أو هبة.

وأما ما يكال أو يوزن أو يعد، فقد قال القاضي أبو محمد: إن خلطه الابن بمثله، فـلا

سبيل للأب إلى اعتصاره، قال: لأن ذلك جرى مجرى إتلافه، وذلك يمنع الرجوع فيه.

* * *

القضاء فى العمرى

١٤٢٣ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِى سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الأَنْصَارِىِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِى يُعْطَاهَا، لا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِى أَعْطَاهَا أَبَدًا؛ لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ».

الشرح: معنى العمرى، هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه، فسميت عمرى لتعلقها بالعمر، وإنما يتناول الأعمار هبة المنافع لا هبة الرقبة. وقال النبى ﷺ: **«من أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذى يعطاها»** يريد والله أعلم، أن ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه، ولا تبطل لعقبه بعد موته، ولا ترجع بذلك إلى الذى أعطاها؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطاها من وجوب التوارث فيها، وأن تنتقل المنافع إلى عقب المعطى بعد موته، وهذا كله راجع إلى المنافع، ومتعلق به دون رقبة الدار؛ لأن رقبتها لم يعطها عطاء وقعت فيه المواريث ولا غيره، ولا خرجت عن ملكه.

وفى معنى هذا الحديث ثمانية أبواب، أحدها: فى معنى العمرى وألفاظها، ومعنى الحبس والصدقة، وما يختلف لذلك من أحكامها. والباب الثانى: فيمن يصح منه التحبيس، ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه. والباب الثالث: فى دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده. والباب الرابع: فى معنى العقب والذرية والبنين والمولى. والباب الخامس: فى قسمة منافع العمرى. والباب السادس: فى استحقاق القسم بالولادة

١٤٢٣ – أخرجه البخارى فى الهبة ٢٦٢٥. ومسلم فى الهبات ١٦٢٥. والترمذى فى الأحكام ١٣٥٠. والنسائى فى العمرى ٣٧٢٩، ٣٧٣٥، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٤، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧، ٣٧٤٨، ٣٧٤٩. وأبو داود فى البيوع ٣٥٥٠، ٣٥٥١، ٣٥٥٣، ٣٥٥٦. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٨٠، ٢٣٨٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ١٤٦٥٩، ١٤٨٦٦. والبيهقى فى الشرح الكبير ٦/١٧٢، عن جابر. وعبدالرزاق ١٦٨٨٨، ٩/١٩٠، عن هشام بن عروة، عن أبيه. والطحاوى فى معانى الآثار ٤/٩٣، عن جابر.

وانتقاله بالموت. والباب السابع: فيما يجوز من بيع العمرى والحبس. والباب الثامن: فى من تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر، ومن حبس عليهم.

* * *

الباب الأول: فى معنى العمرى وألفاظها، ومعنى الحبس والصدقة، وما يختلف لذلك من أحكامها

إذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه، فقد سمى الملك عمرى لجواز أن تعلق العمرى بمنافعه. وقد روى ابن القاسم عن مالك: من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه، رجعت إلى صاحبها إن كان حيًّا أو إلى ورثته يوم مات، إن كان ميتًا. وقال أبو حنيفة والشافعى: يكون ملكًا للمعمر ولعقبه بعده، فإن مات ولا عقب له فلبيت المال.

ودليلنا من جهة القياس أن تعليق الملك بوقت معين، يقتضى تمليك المنافع دون الرقبة؛ لأن تعليق الملك لوقت ينتهى إليه يمنع ملك الرقبة لمالك رقبته بمجىء زيد أو نزول المطر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للعمرى ألفاظًا نحن نبينها، ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها، وذلك إن كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة، فإن كان ما كان من الألفاظ يقتضى هذا المعنى، فإن حكمه فى ذلك حكم العمرى، وإن اختلفت فى بعض الأحكام، ومن ذلك أن يقول: أسكنتك هذه الدار عمرى، أو وهبتك سكناها عمرك.

وفى المدونة عن ابن القاسم فيمن قال: أسكنتك هذه الدار وعقبك، رجعت إلى صاحبها، وكذلك لو قال: هذه الدار لك ولعقبك سكنى.

وفى المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب: إذا قال: هى لك صدقة سكنى، فليس له إلا سكناها صدقة دون الرقبة، قال محمد: حياته.

مسألة: وأما إذا قال: هذه الدار حبس على فلان، ولم يزد على هذا، فقد قال عبدالملك فى المجموعة: إنها عمرى. وقال فى الموازية: هى حبس.

وروى ابن وهب عن مالك فى الحبس على المعنيين لهما بمعنى العمرى. وقال فى الموازية: اختلف فيها قول ابن القاسم، وترجح فيها قول مالك.

فوجه قول مالك أنها عمرى مما قدمناه من أن التحبيس إنما يقتضى هبة المنافع، فإذا

قال: على فلان، اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره، وذلك يقتضى أنه إنما وهبه المنافع دون مدة عمره، وذلك بمعنى العمرى.

ووجه القول الثانى أن لفظ التحبيس ظاهره، يقتضى المنع من رجوع المنافع إليه؛ لأن معنى التحبيس أن تكون المنافع محبوسة على وجوه نص عليها أو أخر تعيينها، وإذا حبسها على فلان انصرفت إليه منافعها عمره، فإذا انقضى عمره لم يرجع إلى الحبس؛ لأنه معنى يمنع ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن كان المحبس حيًّا، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يسأل عما أراد عمرى أو حبس، فيحمل على ذلك، ويقبل قوله فيه، فإن مات قبل أن يسأل، فقد اختار ابن المواز: أن يعود ميراثًا لورثته، ويجوز أن يجرى فى ذلك الخلاف المتقدم؛ لأنها مسألة الخلاف التى قدمناها، وإنما قبل قوله لما احتمل الوجهين جميعًا، فكان هو أعلم بما أراد من ذلك، فيحمل عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قال: دارى هذه حبس، لا تباع ولا توهب، ما عاش المحبس عليهم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: أنه حبس مؤبد.

ووجه ذلك أن قوله: لا تباع ولا توهب، تصريح فى تأبيد التحبيس، وإن كان قد علقه بهذه؛ لأن العمرى فيها، [.......][1] والبيع اقتضى ذلك التحبيس المؤبد؛ لأنه الذى يختص [.........][2] وقد قال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فى مخرج قول مالك فى ذلك، فمنهم من قال: إنها على روايتين كقوله: حبسا فقط، ومنهم من قال على رواية واحدة: إنها حبس، والله أعلم وأحكم.

ولو قال: دارى حبس على فلان وولده، فإن كان ولده معينين، مثل قوله: دارى حبس على فلان، وبنيه زيد وعمرو وخالد، فهذه المسألة المتقدمة.

وإن قال مع ذلك: وعلى من يحدث له بعد من ولد، ففى المجموعة عن عبدالملك: أنها حبس لتلعقها بمجموعين، وإن لم يسم الأولاد فى قوله: هى حبس على فلان وولده، أو على فلان وعقبهن أو على قوم غير معينين كبنى تميم أو قريش، أو قال: حبسًا مؤبدًا أو حبسًا لا يباع.

قال ابن عبدوس عن سحنون: فهو كما قال: لا يباع ولا يوهب، أو حبسًا صدقة

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

على قوم معينين أو غير معينين، فإن هذا لم يختلف فيه قول مالك فى أنه ترجع منافعه إلى المحبس عليهم كما لو قال: جعلت دارى مسجدًا.

ووجه ذلك أن هذه تقتضى التأبيد، فحملت على مقتضاها. وأما قوله: حبسًا صدقة، فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: هى عمرى، إن لم يذكر عقبًا، ولا يمنع البيع، وبه قال ابن كنانة. وقال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فى تخريج قول مالك فى ذلك، فمنهم من قالك إنها على روايتين كقوله: حبسًا فقط، ومنهم من قال على رواية واحدة: أنها ترجع حبسًا.

مسألة: ومن قال: حبست هذه الدار، ولم يزد على ذلك، ولم يذكر مطرف الحكم إلى معين ولا غيره، فإنه يصح الحبس، ويلزم، قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافًا للشافعى فى أحد قوليه: لا يصح ذلك. وأما من قال: دارى هذه عمرى، فلا يلزمه شىء حتى يذكر العمرى.

والفرق بينهما أن لفظ التحبيس أكثر ما يستعمل على وجه القربة، ولفظ العمرى لا يستعمل فى القربة، فأشبه الصدقة والهبة.

مسألة: وأما لفظ التوقيف، فقد قال القاضى أبو محمد: إن لفظ التوقيف صريح فى تأبيد الحبس، فلا يرجع ملكًا أبدًا لأن مفهوم هذه اللفظة فى العرف التبتل على وجه التأبيد وتمليك المنافع على الدوام.

مسألة: وأما لفظ الصدقة، فإن أراد له تمليك الرقبة، فهو على ما أراد كالهبة، وإن أراد به معنى الحبس، فإن كان على معين، ولم يقترن به ما يقتضى التأبيد، ففيه روايتان على ما تقدم فى الحبس، قال ذلك كله القاضى أبو محمد فى معونته.

قال: وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا فى الذى يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل حبسًا، أنه يكون ملكًا لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره. قال: وأكثر أصحابنا يرونه حبسًا.

وجه القول الأول أن لفظ الصدقة وإن كان ظاهره تمليك الرقبة إلا أنه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم أنه لا يصح أن يملكها الأول منهم؛ لأن ذلك يمنع عقبه من ملكها، فاقتضى ذلك تمليك الرقبة آخر العقب، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد موجود فى المذهب، ففى الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن الرجل يقول: دارى صدقة على فلان وولده ما عاشوا، أنها ترجع إذا انقرضوا مرجع الأحباس.

وروى فى الموازية أشهب عن مالك، قال: إن لم يبق من العقب إلا بنت، أن لها بيع الدار.

وقال ابن القاسم: وقد روى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر «أن عمر تصدق بمال له يقال له نعم، فقال: يا رسول الله، إنى استفدت مالاً، وهو عندى نفيس، فأردت أن أتصدق به، فقال النبى ﷺ: تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن تنفق ثمره، فتصدق به عمر، فصدقته تلك فى سبيل الله وفى الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه»[*]. فاستعمل لفظ الصدقة فيما معناه التحبيس.

ووجه الرواية أن تعليق الصدقة بجماعة [.......][1] ينتقل إليه بعد انقراض بعض بنيه، أن المراد بذلك الصدقة بالمنافع دون الرقبة؛ لأن الرقبة لا يصح فيها نقلها بالصدقة عن قوم إلى قوم، وإنما يصح ذلك فى المنافع، وهذا معنى الحبس، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا الذى قاله إذا عرا لفظ الصدقة عن لفظ التحبيس، فإن اقترن به ما يقتضى تبتيل الصدقة، فهو على ذلك، وإن اقترن به من صفة المتصدق عليهم أو صفة الصدقة ما يقتضى التخيير، فهو على ذلك، وإذا عرا من ذلك، فقد قال القاضى أبو محمد: إنها لا تكون بمعنى التحبيس؛ لأن الصدقة ظاهرها تمليك الرقبة، وإنما يصرف إلى المنافع [......][2] .

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الحبس، وما فى معناه بأى لفظ كان تبقى الرقبة على ملك المحبس، وللشافعى ثلاثة أقوال، أحدها مثل هذا. والثانى: ينتقل إلى الموقوف عليهم. والثالث: ينتقل إلى البارى تعالى.

والدليل على ما نقوله [.......][3] .

ومن جهة المعنى أنه بدل المنافع، فلا تخرج بذلك الرقبة عن ملك الباذل بالعارية.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٦٤. مسلم حديث رقم ١٦٣٣. الترمذى حديث رقم ١٣٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٨٧٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٥١٥٧.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٣) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

ودليل ثان أن كل ما لا يصح عتقه، فلا يجوز الملك عن رقبته، ويبقى الملك على منافعه كالحيوان والعروض.

* * *

الباب الثاني: فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه وما يصح تحبيسه

التحبيس فى الأصل جائز، يلزم فى الحياة والموت، ولا يفتقر إلى حكم حاكم، والمشهور عن أبى حنيفة أنه لا يجوز، ولا يلزم، وأصحابه المتأخرون يحكون عنه أنه جائز، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين، إما بحكم حاكم أو يوصى فى مرضه، أو يوقف بعد موته، فيصح ويكون من ثلثه كالوصية إلا أن يكون مسجدًا أو سقاية، فإن ذلك يلزم، ولا يفتقر إلى حكم حاكم.

وهذه المسألة التى كلم فيها أبو يوسف مالكًا فى مجلس الرشيد، فظهر عليه مالك، وقال له: هذه أوقاف رسول الله ﷺ ينقلها أهل المدينة، خلفهم عن سلفهم، يشير إلى الخبر المتواتر، فرجع أبو يوسف فى ذلك عن مذهب أبى حنيفة، وهذا فعل أهل الدين والعلم فى الرجوع إلى الحق حين ظهر وتبين، ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه.

والدليل على ما نقوله مع ما قدمناه قول الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١]. ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر «أن عمر بن الخطاب أصاب بخيبر أرضًا، فأتى النبى ﷺ فقال: إنى أصبت أرضًا لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرنى به، قال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب ولا يورث، بل فى الفقراء والأقربين والرقاب وفى سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متمول به»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه تحبيس عقار على وجه القربة، فلم يفتقر إلى وصية، ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن له فى تحبيس الرباع، وإعمارها قولاً واحدًا، وهو

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٣٧، ٢٧٦٤. الترمذى حديث رقم ١٣٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٨٧٨.

الجواز. وأما الحيوان والعروض، ففى الموازية عن مالك: أنه كره الحبس فى الحيوان.

وقد قال ابن القاسم فى المجموعة: من أعمر دابته، أو داره، أو عبيده فى حياته، جاز، ويرجع بعد موته إلى ورثته.

قال ابن القاسم فى العتبية: لم أسمع من مالك فى تحبيس الثياب شيئًا، ولا بأس به. وقال أشهب: ذلك جائز.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازمًا لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة، وإن قلنا بكراهة ذلك، ففيه روايتان، إحداهما الجواز، والثانية اللزوم.

وقال القاضى أبو محمد: ومن أصحابنا من قال فى الخيل قولاً واحدًا، وإنما الخلاف فى غيرها. وروى ابن المواز عن مالك: أنه كره الحبس فى الحيوان، فإن وقع أمضاه، إن أراد تغييره إلى ما هو أفضل للمعين، وأحب إلى الله تعالى، فذلك له. وقال أشهب: الحبس فى الحيوان لازم على ما شرط كالرباع.

وجه اللزوم، قول النبى ﷺ أن خالدًا حبس أدراعه وأعبده فى سبيل الله. ومن جهة المعنى أنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

ووجه القول الثانى أن التحبيس يقتضى التأبيد، وذلك مختص بالعقار دون ما ينقل ويحول.

مسألة: ولا يصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافًا لأبى يوسف.

والدليل على ذلك أن من ملك شيئًا بجهة من الجهات، لم يصح أن ينقله إلى غير تلك الجهة من ملكه كما لو وهب نفسه ماله. وقال الشيخ أبو إسحاق: من حبس على نفسه وعلى جيرانه، صح حبسه، ودخل معهم، وإنما يرد ما حبس على نفسه خاصة.

مسألة: ومن قال: دارى هذه حبس أو موقوفة، ولم يذكر وجهًا تصرف إليه، فإن ذلك يحمل على المقصود بأحباس تلك الجهة، ووجه الحاجة فيها. وقال ابن القاسم فى العتبية: يكون للفقراء أو المساكين، قيل له: إنها بالإسكندرية، قال: يجتهد الإمام فى ذلك.

ووجهه أن معظم البلاد معظم حاجتها فى إعطاء المساكين؛ لأنها أحد وجوه البر وأعمها، وأما الثغور، فربما كانت الحاجة إلى ما يصرف فى وجوه الجهاد آكد، فينظر فى ذلك الإمام، فيصرف الأحباس المطلقة إلى ما هو آكد حاجة وأعم وقت التحبيس، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو حبس ذمى دارًا على مسجد، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارًا إلى الكعبة؟ أيجعل فى الكعبةز قال: يرد إليها.

ووجه ذلك أن هذه أموال هى أطهر الأموال وأطيبها، وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك، فيجب أن تنزه عنها المساجد.

مسألة: ولو حبس مسلم على كنيسة، فالأظهر عندى أن يرد؛ لأنه قد صرف صدقته إلى وجه معصية كما لو صرفها إلى شرب الخمر، وإعطائه أهل الفسق.

مسألة: روى عمر بن زياد عن مالك أنه كره إخراج البنات من الحبس إذا زوجن. وفى رواية ابن القاسم عنه: ذلك من عمل الجاهلية.

ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر، واحتجت عائشة رضى الله عنها لذلك بقوله تعالى: ﴿**وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا**﴾ [الأنعام: ١٣٩].

فرع: فإن وقع ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك: الشأن أن يبطل. قال الشيخ أبو إسحاق: ومن أخرجهن عنه، بطل تحبيسه، وكذلك من شرط أن من تزوجت منهن، بطل حقها إلا أن يردها راد، وينقص ذلك حتى يردها إلى الفرائض. قال ابن القاسم: أرى إن فات ذلك، أن يضمن على ما شرط، وإن كان حيًّا لم يجز عنه أن يرده، ويدخل فيه البنات.

وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه، وأنكر هذه الرواية لسحنون، والخلاف فى هذه المسألة مبنى على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض. قال ابن المواز: وإن نقص إذا لم يأت المحبس عليهم، وهم كبار، فإن أبوا، لم يفسخ، وإن كان حيًّا.

* * *

الباب الثالث: في دخول العقب مع المعطى

الأصل فى ذلك قول النبى ﷺ: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه»(*) وذلك أن إعطاء المنافع فى العمرى أو الحبس، لا يخلو أن يكون لغير معينين، أو لمعينين وغير معينين. فأما غير المعينين، فكمن قال: أعمرت هذه الدار ولد فلان أو عقبه، ففى الموازية والعتبية من حبس على ولده دارًا، فولد له أولاد، فإنهم مع الآباء فى حياة الأب، وكذلك قال مالك فى المجموعة، وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه بمنزلة قوله: ولدى وولد ولدى، يبدأ بالآباء فيورثون.

وإن فضل فضل كان لولد الولد، قال عبدالملك: كان مالك يؤثر الأعلين، وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم، وهو أحب إلىَّ. وقال عبدالملك عن أشهب: لا يكون الأب أولى مع استواء الحاجة.

وجه القول الأول ما احتج به عبدالملك، قال: يقول الله تعالى: ﴿**يوصيكم الله فى أولادكم**﴾ [النساء: ١١] فكان ولد الولد كالولد فى ذلك.

ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناولهم تناولاً واحدًا، فوجب أن يتساووا.

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز، أن شأن الأحباس أن يؤثر أقربهم من المحبس [.......](١) وكان الأولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم أن الآباء يبدأون فى الميراث [......](٢) قوله: ولدى، يتعدى إلى ولد الولد، وتمام قوله هذا، أن يقول [......](٣) القائلين فى بعض أحكامه، يقتضى أنه إذا قال ولدى، فإن ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا، وكذلك إذا قال ولد ولدى، وهو مقتضى قوله ﷺ: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه».

مسألة: وأما إذا قال [......](٤) قلنا يؤثر الأقرب فى قوله ولدى، فبأن يؤثر هاهنا

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٦٢٥. الترمذى حديث رقم ١٣٥٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٤٣، ٣٧٤٥، ٣٧٤٨. أبو داود حديث رقم ٣٥٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٨٦٦.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٣) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٤) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

الأقرب أولى، وإذا قلنا [.....][٥] قوله: ولدى، فقد تقدم. وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن حبس على ولده وأعقابهم [.......][٦] ثم بقى بنوه وبنو بنيه، فإنه يسوى بينهم مع استواء الحال.

فرع: [......][٧] بين الأعلون، فإن ذلك تساوى حال فى الحاجة، يبدأ الأعلون ويعطى [.....][٨] ما فضل، فإن كانت الحاجة فى ولد أوثروا، ويكون الأب معهم، قاله ابن القاسم وعبدالملك.

قال ابن المواز: قول ابن القاسم استحسان، وقد قال مالك: لا يدخل ولد الولد إلا فى الفضل، وشأن الأحباس إيثار الأقرب، وكذلك مرجعها، وإنما قال ابن القاسم: يعطى الأب معهم، فلئلا ينقطع سيب الأب، وإن كان غنيًا، ولو كانت الحاجة فى الأب، ولم يدخل معهم ولد الولد إلا بعد غنى الأب.

مسألة: وأما إذا قال: دارى هذه حبس على فلان، ثم على ولده، أو على فلان بعده، ففى المجموعة عن عبدالملك فيمن تصدق على ولده الذين هم أحياء، ثم على أعقابهم، فهو على قوله: فإذا انقرضوا، فعلى أعقابهم، ولو قال: وأعقابهم، دخل العقب مع الأعلى.

ووجه ذلك أن «ثم» فى العطف للترتيب، فيقتضى ذلك أن يبدأ الأولون، ولا يكون لمن بعدهم شىء إلا بعد انقراضهم، وأما الواو، فهى للجمع، فاقتضت التشريك، والله أعلم.

* * *

الباب الرابع: فى معنى العقب والبنين والولد والورثة

قال مالك، رواية ابن القاسم عنه فى المجموعة: إن العقب الولد ذكرًا كان أو أنثى، وليس ولد البنات عقبًا ذكرًا كان أو أنثى، وقاله عبدالملك. قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: ويجمع ذلك أن كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى، فليس بعقب، وقاله ابن شهاب.

---

(٥) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٦) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٧) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٨) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وأصل ذلك عندي أن عقب الرجل من انتسب إليه، وولد البنات لا ينسبون إليه، ولذلك لا يقال لعبدالله بن عباس الهاشمي عبدالله بن الحارث الهلالي، وإن كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية، ومن كان أبوه من العرب وأمه من الروم لا يقال له الرومي، ولا ينتسب إلى الروم.

مسألة: فأما الولد، فإنه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور، ذكورهم والإناث إناثهم. وقد قال مالك في المجموعة: من حبس على ولده وولد ولده، لم يدخل فيه ولد البنات؛ لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في المواريث.

قال عبدالملك وابن كنانة: فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم. قال عبدالملك: والصدقة على الولد والعقب سواء.

واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿**فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث**﴾ [النساء: ١١] ولا خلاف أن ولد الولد كالولد في رد الأم إلى السدس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات. قال أبو عبدالله بن العطار: هذا قول مالك، وكانت الفتوى عندنا، يريد بقرطبة، أن ولد البنات يدخلون في ذلك، وقضى به محمد بن إسحاق بن السليم، وبه يفتي أكثر من كان في زمانه. قال: وكذلك الأعقاب يدخل فيه ولد البنات إلا في قوله: بني، وبني بني، ولدي، وولد ولدي أبين.

مسألة: وأما البنون، فإنه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم وإناثهم. قال مالك: ومن تصدق على بنيه وبني بنيه، فإن بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن حبس على بناته، فإن بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه.

والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنت لا يدخلون في البنين. وما روي عن النبي ﷺ أنه قال للحسن: «إن ابني هذا لسيد»(*) فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والإخبار بمحاسنه، لا على معنى النسبة، وإطلاق اللفظ.

فإذا حبس على نسل فلان؟ قال أبو عبدالله بن العطار: إنه كقوله: ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك، ودخولهم على ظاهر لفظ المحبس.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٠٤، ٣٦٢٩، ٣٧٤٦، ٧١٠٩. الترمذي حديث رقم ٣٧٧٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٤١٠. أبو داود حديث رقم ٤٦٦٢. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٩٦٠.

مسألة: وأما الذرية، فقد قال أبو عبدالله محمد بن العطار: لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل: **﴿ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف﴾** إلى قوله: **﴿وزكريا ويحيى وعيسى﴾** [الأنعام: ٨٤] فجعل عيسى من ذرية إبراهيم، وإن لم يكن ولد ابن، وإنما هو ولد بنت.

مسألة: وأما الآل، فهم الأهل. قال ابن القاسم: آله وأهله سواء، وهم العصبات والأخوات والعمات، ولا يدخل في ذلك الخالات.

ومعنى ذلك عندي العصبة أو من كان في قعددهن من النساء. وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أوسقًا مسماة من حائط، فهلك ولد من ولد ذلك الرجل، وولد له آخر، فإنه يدخل في ذلك الحبس. وما روى عن مالك بن أنس أنه قال في قول المسلم: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، أن آل محمد كل تقى، واحتج بقوله تعالى: **﴿أدخلوا آل فرعون أشد العذاب﴾** [غافر: ٤٦] فإن ذلك يحمل اللفظ بأدلة اقترنت به صرفته عن ظاهره، وإطلاق اللفظ يقتضى ما قدمناه أولاً، وهذا المشهور من المذهب. وقال الشيخ أبو إسحاق: ويدخل في الأهل من كان من جهة أحد الأبوين، بعدوا أو قربوا.

ولو قال: على آباء، دخل الآباء والأمهات والأجداد والجدات، بعدوا أو قربوا، وكذلك العمومة، قال الله عز وجل: **﴿نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾** [البقرة: ١٣٣].

وقد اختلف في الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا، وهذه المعاني إنما وردت على سبيل المجاز، ومقتضى مذهب مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها.

مسألة: وأما القرابة، ففي الموازية والمجموعة عن مالك: من أوصى بمال لأقاربه، أنه يقسم على الأقرب، فالأقرب بالاجتهاد.

قال مالك في العتبية: ولا يدخل في ذلك ولد البنات، وولد الخالات. وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة: يدخل فيها الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وروى على بن زياد عن مالك: يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه. وقال أشهب في المجموعة: إن كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء، محرم أو غير محرم، فهو ذو قرابة، وقد ذكرت ذلك في الاستيفاء مستوعبًا، وبالله التوفيق، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الموالى، فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه، فإن موالى مواليه يدخلون معهم، وكذلك موالى ابنه، وكذلك موالى أبيه. وروى عنه وهب: يدخل فيه أولاد مواليه.

وجه القول الأول أنهم لا ينتسبون إليه ولا هم فى قعدد عصبته.

ووجه القول الثانى أن العمات والخالات يناسبونه إلى أحد جديه، وذلك يقتضى القرابة، ويلزمه على قوله فى بنات الأخ أن يدخل فى ذلك بنو الخالة، إلا أن يكون لجنبة الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبة الأم؛ لأن جنبة الأب فى القرابة لها وجه إلا أنه لم يفسر ذلك تفسيرًا، يتميز به القرابة من غيرها.

مسألة: ولو حبس على قومه أو قوم فلان، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: ذلك على الرجال خاصة من العصبة دون النساء، واحتج على ذلك بقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرًا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرًا منهن﴾** [الحجرات:١١] ففرق بين القوم والنساء. قال زهير:

وما أدرى وسوف إخال أدرى ... أقوم آل حصن أم نساء

مسألة: فإن قلنا إنه يدخل فى موالى أمه موالى بنيه وأبيه، ففى المجموعة فيمن حبس على مواليه، فإنه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد الأم والجدة والإخوة، ولا يدخل فيه موالى بنى الإخوة والعمومة، ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة.

وجه هذا القول الأول أن من يعتق عليه بالتعصيب، فإن مواليه يدخلون فى إطلاق لفظ موالى المحبس، ومن لا يعتق عليه بذلك، فأخواله لا يدخلون فى إطلاق لفظ الموالى.

فرع: فإذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء، ففى المجموعة أنه يبدأ بالأقرب، ويؤثر على الأبعد إذا استووا فى الحاجة، وإن كان الأقرب غنيًا أوثر المحتاج الأبعد عليه، وقاله مالك فى العتبية فى موالى الأب والابن.

* * *

الباب الخامس: فى قسمة منافع العمرى والحبس

فأما العمرى والحبس الذى تقدم معناه، أنه إذا كان على معينين، فإنهم فيه بالسوية. وقد قال فى المجموعة: ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو ثمر نخل، فذلك

بينهم بالسواء، وللذكر مثل ما للأنثى، قال ابن القاسم فى الموازيية: من حبس على قـوم معينين دون تعقب، فإن حق الغائب منهم ثابت فى السكنى، وحاضرهم وغائبهم سواء. وقال ابن المواز: وفقيرهم وغنيهم سواء.

وأما العمرى والحبس على غير معينين، ففى المجموعة عن مالك: من حبس على قوم وأعقابهم، فإنه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانـة بقـدر مـا يـراه مـن ولى ذلك.

وروى ابن المواز عن عبدالملك: لا يفضل ذو الحاجة على الغنى فى الحبس إلا بشـرط من المحبس.

ووجه القول الأول أن معنى الحبس القربة وإيثار ذوى الحاجة يقتضـى القربـة، إلا أن يصرف عن ظاهره بشرط. والفرق بين هـذا وبـين الحبـس المختـص بـالمعينين علـى هـذا القول، أن من حبس على معينين، فقد قصد استيفاءهم، والمساواة بينهم، وإذا أفـرد غـير معينين، وأضافهم إلى معينين، فقد علم أنه لـم يقصـد الاستيعاب ولا المسـاواة؛ لأنـه لا يمكن ذلك فيهم، فكان ذلك مقتضى حبسه، والله أعلم وأحكم.

وجه قول عبدالملك ما احتج به من أن المحبس تصدق على ولده، وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج.

فرع: إذا ثبت إيثار ذوى الحاجة، ففى الموازية لابن القاسم عـن مـالك فيمـن حبـس على الفقراء أو فى سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى، وفى قرابته غنى لا يعطى منـه، ولكن ذوى الحاجة.

وفى المجموعة: من حبس على قوم وعلى أعقابهم؛ أن ذلك كالصدقة، لا يعطى منه لغنى شيئًا، ويعطى المتوسط بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقـراء، قـد بلغـوا، أعطوا بقدر حاجتهم.

ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القربة وسد الخلة، وذلك مختـص بذوى الحاجة. وأما المسدد، فهو الذى له كفاية، وربما ضاقت حاله بكثرة عياله.

وأما ولد الغنى لا مال له، فهو فقير، وإذا بلغ صحيحًا، فلم يلزم الأب الإنفاق عليه، فهو من الفقراء وذوى الحاجة.

فرع: وإذا تساوى أهل الحبس فى الفقر أو الغنى أوثر الأقرب، ويعطـى الفضـل مـن يليه، وإن كان الأبعد غنيًا أوثر الفقير الأبعد، ذكره ابن عبدوس فى المجموعة.

ووجه ذلك أنه لما قصد بالحبس قرابته، كان للقريب تأثير في الإيثار، إلا أن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر؛ لأنه مقصود الصدقات والأحباس، وهذا إذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر، ولا يفضل عن فقرائهم شيء، فإنه يصرف إلى الأغنياء، وقد رواه عيسى عن ابن القاسم.

ووجهه أن الحبس لا يختص بالفقراء، ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى، وإنما يؤثر الفقراء، فإن فضلت فضلة جاز صرفها إلى من شرك الفقراء في معنى الحبس من الأغنياء.

فرع: والذكر والأنثى في الحبس سواء، قال ابن حبيب: وهو قول مالك وأصحابه إلا أن يكون بشرط.

ووجه ذلك أن لفظ التشريك يقتضي التسوية، ولذلك قال الله تعالى في الإخوة للأم: ﴿**فهم شركاء في الثلث**﴾ [النساء: ١٢] وسوى بين ذكورهم وإناثهم في ذلك الثلث.

مسألة: وإذا قسم الحبس بين أهله من غلة وسكنى، فليس على كثرة العدد، وليبدأ بأهل الحاجة، قال ابن كنانة في المجموعة: ولو بدر إلى سكنى الحبس بعضهم، فليس ذلك بالبدار، ولكن المقدم أحوجهم، وأقربهم من المحبس.

وروى عيسى عن ابن القاسم: إن تساووا في الغنى والحاجة، فمن سبق إلى سكناها منهم، فهو أحق، ولا يخرج لمن بقى، وليس على عددهم، ولكن بقدر كثرة العيال، وليس الأعزب في السكنى كالمتأهل المعقب، رواه عيسى عن ابن القاسم.

فأما إن كان بعضهم غائبًا، والحاضر أولى منه بالسكنى؛ لأن الغائب لا يمكنه سكناه، فكان الحاضر أولى به؛ لأنه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه.

ومعنى ذلك أن المعانى المؤثرة في التقديم، الحاجة والقرابة والبدار، والحاجة مقدمة، فإن تساووا في الحاجة والقرابة، فمن بادر إلى السكنى كان أحق به. وفي معناه أن الحاضر أحق من الغائب؛ لأن الحاضر بادر إلى السكنى قبله، والاعتبار في ذلك [....][1] ابتداء السكنى، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن الحاضر أولى بالسكنى من الغائب، فمعناه أن يغيب قبل أن

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

يسكن، فإنه إذا قدم لم يخرج له من قد سكن، ولا يخرج أحد لأحـد، إلا أن يخرج فـى سفر انقطاع، ولو خرج مسافرًا، فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسـفار كـان لـه أن يكرى مسكنه إلى أن يعـود، ولـو انتقـل إليـه أحـد مـن أهـل الحبس، رد إلى منزلـه، وأخرج من كان دخل فيه، قاله مالك.

وإذا سكن بعضهم لحاجته ولحضوره، فاستغنى وقدم الغائب، فروى ابن القاسم عـن مالك فى المجموعة: لم يخرج أحد منهم لقـدوم الغـائب، ولا لحاجـة غـيرهم مـن أهـل الحبس، والغائب والمسافر كالحاضر فى ابتداء القسمة أو بعد ذلك.

مسألة: ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه، فبلغ، فإن كان قويًا يمكنه الانفـراد عن أبيه، فله مسكنه من الحبس، وإن لم يتزوج، إذا ضاق عليه مسكن أبيه.

فأما من ضعف عن الانفراد، فلا مسكن له، إلا أن يـتزوج، فمـن تـزوج منهـم، فلـه حقه فى المسكن، وهذا فى الذكور. وأما الإناث، فلا مسـكن لهـن، وإن بلغـن؛ لأنهـن فى كفالة الأب، قاله عبدالملك فى المجموعة.

مسألة: وأما الكراء والغلات من الثمر وغيره فإن حق من انتجع أو غـاب لا يسـقط حقه من السكنى إذا لم يكن فيه فضل، قاله ابن المواز وابن القاسم.

* * *

الباب السادس: فى استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت

وذلك يكون على ضربين انتقال إلى من هو من جملة من حبـس عليهـم، وانتقـال إلى غيرهم، فأمـا الانتقـال إلى المحبس أو المعمر عليهـم، فـلا يخلـو أن يكـون ذلـك بلفـظ الإشاعة أو الإبهام، فـإن كـان بلفـظ الإشـاعة، فقـد روى ابـن المـواز عـن مـالك وابـن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارًا أو حائطًا على قوم، فمـات بعضهـم، فـإن ما كان للميت من ذلك راجع إلى بقيـة أصحابـه حتـى ينقرضـوا، وذلـك فـى الأحبـاس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة، كان مرجـع ذلـك الحبـس إلى صـاحب الأصل أو غيره، أو إلى السبيل.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن ما لا ينقسم مـن دار أو عبـد، فنصيـب الميت، يرجع على أصحابه، ونحوه روى ابن وهب عن مالك.

قال سحنون: وكذلـك روى عنـه جميـع الـرواة، وقالـه المغيرة فيمـا ينقسـم ومـا لا

ينقسم، إلا ابن القاسم، فإنه أخذ برجوع مالك فى هذا بعينـه، فقـال: يرجـع علـى مـن بقى منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم.

وجه القول الأول أن جميعهم فى لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيـه يقتضـى أن يكون لمن يستحق الاسم، ويتناوله حتى ينقرضوا.

ووجه القول الثانى أن كونه مما ينقسم يقتضى اختصـاص كـل واحـد منهـم بحصتـه، وذلك يمنع رجوع حصته إلى أشراكه، ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، وراعينا ما ينقسم، فإن مطرفًا، قال عن مـالك، فـى المسـكن: إن جزأ المحبس الدار بينهم، فنصيب الميت راجع إلى رب الدار، وإن جزؤها هم بينهـم، فنصيب الميت راجع إلى أصحابه.

وقال سحنون: إن هذا فيما لا ينقسم؛ لأن سكناهم الدار سكنى واحـد واختدامهـم العبد كذلك. قال: وقال عبدالملك: وما كـان مـن غلـة تنقسـم أو دار تكـترى أو عبيـد مخارجين، فإن نصيب من مات منهم يرجع إلى من إليه المرجع.

وروى ابن القاسم وابن وهب عـن مـالك فيمـن حبـس خادمًـا علـى أهـل بيـت لـم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم، فإن مـات منهـم أحـد فنصيبـه علـى من بقى، ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة، وهذا علـى حـدة، فنصيـب مـن مات للمحبس.

وفى المجموعة والموازية قال محمد: وهـذا علـى مـا ذكرنـا مـن التفسـير الأول، ولـو جعل ذلك على أهل بيت واحد، أو المجتمعين ونصيب كل واحد معروف، فـلا يرجـع نصيب الميت على أصحابه، ولو حبسه على المفترقين، وجعل ذلك مشاعًا كـان نصيـب من مات منهم لأصحابه.

قال سحنون فى العتبية: إذا قال: غلامى يخدم فلانًا يومًا، وفلانًا يومًا، فهـذه قسـمة، من مات منهما رجع نصيبه إلى أصحابه.

مسألة: إذا ثبت مراعـاة القسـمة، فـإن ظـاهر قـول سـحنون يقتضـى مراعـاة قسـمة المعطى ذلك بينهم فى نفس العطية، وهو ظاهر قول مالك. وقول ابن الماجشون يقتضـى أن المراعى فى ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبيد المخارجين، والغلة تنقسم والـدار تكرى، وهو قول العراقيين من أصحابنا، وروايتهم عن المذهب، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا باعتبار قيمة المعطى عند العطية، فهذا حكمه إذا بين.

فرع: فإذا أبهم، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه على الإشاعة حتى يبين.

ووجه ذلك أن لفظ الإبهام يقتضى الاشتراك والإشاعة، فحمل عليه. وأما إذا كان على وجه التعيين، ومعناه أن يعين الحظوظ، فيسمى لكل واحد يومًا معينًا أو نصيبًا مسمى، أو سكنى معروفة، فإن نصيب من مات منهم يرجع إلى صاحب المرجع، ورواه عبدالحكم عن مالك.

ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع الاشتراك، ويجعل حكم كل إنسان منهم يختص به، فإذا توفى استحق ما كان له صاحب المرجع.

مسألة: وهذا إذا كان التحبيس أو التعمير على معينين، فإن كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم، فهذا إن بقى منهم واحد، أخذ جميع الغلة إذ لا منازع له فى صفة التحبيس. وقد قال ابن كنانة فيمن حبس على امرأتين وعقبهما، فهاهنا يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع.

قال الشيخ أبو القاسم: من حبس حبسًا على رجلين حياتهما، ثم لرجل بعدهما فى وجه آخر، فمات أحد الرجلين رجع نصيبهما على الآخر، وقد قيل يرجع نصيب الميت منهما فى الوجه الثانى، والله أعلم وأحكم.

فصل: وإذا كان الحبس حائطًا، فمات أحد من أهل الحبس، فلا يخلو أن يموت قبل الأبار أو بعده، وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح، وقبل القسمة أو بعد القسمة، فإن مات قبل الأبار، فقد قال مالك وأصحابه: لا شىء له من الثمر ولا لورثته، وإن مات بعد الأبار، فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم: لا شىء له، ولا لورثته من الثمرة وهى لمن ولد بعد الأبار، وقبل بدو الصلاح.

وقال أشهب: هى لورثته من مات بعد الأبار، ومن مات قبل الأبار، فلا شىء له منها، ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفى المعمر يموت، وفى الحائط ثمرة قد أبرت أنها لورثته.

وجه القول الأول أنه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها، فوجب أن يتعلق ببدو الصلاح كالزكاة، لأن من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بأكلها رطبًا؛ لأنه انتفاع مقصود، فلولا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها.

ووجه قول أشهب أنها عطية، فوجبت بالأبار كالصدقة المبتلة، فقد قال مـالك وابـن القاسم: يستحق فيها بالأبار، فكذلك هذا.

مسألة: وأما بعد بدو الصلاح، وقبل القسمة، فالذى ذهب إليه مالك وابـن القاسـم، أن من مات منهم بعد بدو الصلاح، فنصيبه لورثته، ومن ولـد بعـد بـدو الصـلاح، فـلا شيء له من تلك الثمرة.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن حبس على ولـد فـلان، فـإن الغلـة تقسـم على من كان حيًّا أو مولودًا يوم تقسم الثمرة.

وفى المجموعة عن ابن كنانة فيمن حبس على قبيلة، أنه إن مات بعضهم بعـد طيـب الثمرة، وقبل القسمة، فلا حق له، ومن ولد قبل القسم قسـم لـه. وأمـا إن حبـس علـى قوم معينين مسمين بأسمائهم ممن أدرك طيب الثمرة، فحقه فيها ثابت.

وجه القول الأول ما قدمناه. ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة إنما يكـون بعـد القسمة والأحباس موضوعة على أنها تستحق بإمكان الانتفاع كالسكنى.

فرق: والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم، أن الصدقـة أقـوى؛ لأنها معينة ومتعلقة بمعينين وأما ما كان على وجـه الحبـس وتمييز مـن يستحق الثمـرة، فإنما يكون بعد بدو الصلاح؛ لأنه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها.

مسألة: ولو كانت أرضًا فحرثها، ثم مات فربهـا مخير إن شـاء أعطـى الورثـة كـراء الحرث أو سلمها إليهم بكرائها تلك السنة، ولـو مـات، وفيهـا زرع، فلورثـة الـزارع، ولا كراء عليهم.

* * *

الباب السابع: فى بيع العمرى والحبس

أصل ذلك أن عقد العمرى والحبس عقد لازم؛ لأنه هبة للمنـافع بـالعمرى، والحبـس يكون على ضربين، أحدهما: على غير موجود عند التحبيـس. والثـانى: علـى موجـود. فأما إن كان على موجود، مثل أن يعمر زيدا أو يعمـره وعقبـه، أو يحبـس علـى زيـد أو عليه وعلى عقبه، وواحد ممن أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى، فقد امتنـع البيـع بنفس العقد، فإن كان جميعهم غير موجودين، مثـل أن يحبـس علـى ولـده، ثـم هـو فـى سبيل الله، فله أن يبيع ما لم يلد، فإذا ولد له، فلا يجوز له البيع.

قال ابن القاسم: ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد، ولو أجزت له هذا لأجزت له أن يبيع إذا كان له ولد، ثم ماتوا، ولم ينتظر أن يولد له غيرهم. قال ابن الماجشون: بل هو حبس.

وجه قول مالك أن الحبس لم يتعلق به قبول أحد، فيلزم سببه وربما من ذكر فيه لا يخلو، فإذا ولد له، فقد تعلق حق المولود به، فلم يجز له بيعه.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه إلى من يصح وجوده، ويتوقع لزوم حقه، وعلى ذلك عقد الحبس، فليس له نقضه ما لم يؤيس من وجود المحبس عليه؛ لأن ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم، فإذا يئس منه علم أن الحبس لم ينفذ بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد، ولا يثبت له حق.

ووجه قول عبد الملك أن عقد الحبس عقد يلزم، وإن لم يذكر من حبس عليه، فلو قال: حائطي حبس للزم، وأكثر ما في قوله: حائطي حبس على ولدي، ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبس عليه، وذلك لازم، ويوجب تصرفه إلى من قررت الشريعة ردها إليه.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فقد قال فيمن قال: صدقتي هذه على ولدي، ولا ولد له، فهي حبس تخرج عن يده إلى يد ثقة، وثمرتها بعد ذلك حبس، فإن مات قبل أن يولد له، رجعت هي وغلتها إلى أولى الناس بالحبس يوم حبسها.

ووجه ذلك أنه لما كان عقد الحبس لازمًا، وقد تعلق بمن لا يجوز له، لزم إخراجه من يده ليصح الحوز فيه، فإن حدث له بعد ذلك ولد رد إليه؛ لأنه يصح حوزه له. وقال غير ابن الماجشون: ولا يضر ذلك من مرجعه إليه؛ لأن الحوز قد تم فيه.

مسألة: إذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود، ثم وجد، فقد لزم على قول مالك، وليس له بيعه، ولا الرجوع فيه، فإن باعه، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار، ثم من بعدهم على المساكين، ثم تعدى، فباعه مقابضة، أو بعد طول زمان كان البيع منقوضًا، ويرد إلى الحبس، ولا ينظر إلى توانى هؤلاء في قبضه؛ لأنها بعدهم على المساكين، فإن أعدم بالثمن اتبع به.

ووجه ذلك أن عقد الحبس لازم، فلا يحيله عن مقتضاه تعدى المحبس فيه، ويجب نقض بيعه، ويتبع بالثمر في ذمته كما لو استحقه أجنبي؛ لأن ما باعه قد استحق عليه.

مسألة: ومن بنى مسجدًا فى قرية، ثم صلى فيه ثم باعه، أو تصدق به على من هدمه وبناه دارًا، فليفسخ ذلك، ويرد إلى ما كان عليه من الحبس؛ لأن المسجد لله لا يباع ولا يغير، قاله مطرف.

ومعنى ذلك أن المسجد من جملة الأحباس اللازمة، بل هى أوكدها؛ لأنها خالصة لله تعالى ومضافة إليه لقوله تعالى: **﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها﴾** [البقرة: ١١٤].

وأما قول مطرف: من بنى مسجدًا، يريد على الصورة المختصة بالمساجد، قال: ثم هدمه المبتاع وبناه دارًا، يريد أنه نقله إلى صورة الدور. وقوله: لم يرد بعد الفسخ، إلى ما كان عليه، يقتضى عندى أن للمسجد بنيانًا مخصوصًا يمنع من يريد التملك من بنيانه، ويمنع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة، ويمنع من أراد بنيان المساجد من أن يعدل عنها لما فى ذلك من السيئة وللذريعة إلى تملك المساجد، وترك تعظيمها، والله أعلم وأحكم.

فرع: وقوله: **«من بنى مسجدًا فى قرية ثم صلى فيه»** يريد أباحه لمن صلى فيه، فإن ذلك مما يلزم به تحبيسه، وإن كان لم يتلفظ بالتحبيس، ولو تلفظ به للزمه ذلك. وظاهر قول مطرف، وهو معنى ما فى المدونة أنه لا يلزمه لمجرد البنيان، وفى هذا عندى نظر، وقد كان يجب أن يلزم لمجرد البنيان؛ لأنه لا تتم الحيازة فيه إلا بإباحته، وإقام الصلاة فيه.

قال أصبغ أبو إسحاق: إذا أخلّى بين الناس وبينه، فهو ماض، ولا يحتاج إلى أن يجعل بيد قيم، سواء كان باب المسجد داخل باب داره يغلق عليه أو خارج الباب، ويحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد اللسان لمن جوز أن يبنى مثل هذا البنيان فى داره مسجدًا لنفسه وأهله، فلا يكون بذلك حبسًا، والله أعلم وأحكم.

فرع: وما كان فى المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته، فإن ذلك تبع له، وكذلك سلاسله وقناديله وبنيانه وجذوعه ما انكسر منها رد إليه.

مسألة: ومن حبس حبسًا، وعليه دين قبل الحبس، واستحدث دينًا بعد الحبس، فقام أهل الدين. قال سحنون: قد قيل يباع منها للدين القديم، ويدخل معهم أهل الدين الثانى، ولا يباع منها غير ذلك، وقد قيل إذا دخل معهم الآخرون بيع للأولين بقدر ما انتقصهم الآخرون، ثم يدخل عليهم الآخرون، وهكذا أبدًا حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس، وكذلك لأصحابنا قولان.

مسألة: ولو كان رجلان حبس على كل واحد منهما حبس منفرد، لم يجز لهما أن يتناقلاه، وهو كالبيع، رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه عقد لازم، فلا يصح فيه المبايعة والمناقلة نوع من البيع، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كانت أرضًا محبسة لدفن الموتى، فضاقت بأهلها، فأرادوا أن يوسعوا، ويدفنوا وبجانبها مسجد، فأرادوا أن يدفنوا فيه ميتًا، فلا بأس بذلك، وذلك حبس كله، قاله ابن الماجشون. وقال أصبغ عن ابن القاسم فى مقبرة عفت، فلا بأس أن يبنى فيها مسجد، وكل ما كان لله، فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إذا كان الحبسان لله تعالى، لا يتعلق به حق لغيره، فلا بأس بصرف بعضها إلى بعض على الوجه الذى ذكره من نقل المقبرة إلى المسجد، ويدفن الميت فى المسجد على سبيل التوسع.

فأمام ما كان للمخلوقين من الحقوق، فلا يصح؛ لأنه من باب البيع؛ لأنه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك إلى مالك غيره، وفى مسألتنا، لا ينقل من مالك إلى مالك، وإنما ينقل من وجه منفعة إلى وجه آخر، وهو كله لله تعالى.

مسألة: وإذا كانت الدور المحبسة حول المسجد، واحتاج المسجد إلى سعة، فلا بأس أن يشترى دور الحبس ليوسع بها المسجد، والطريق؛ لأنه نفع عام أعم من نفع الدار المحبسة، قاله ابن حبيب عن مالك. قال ابن الماجشون: وذلك عندى فى مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل، وقاله مطرف وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه قول ابن الماجشون، ومن معه أن الاحباس إنما تغير إلى المنافع العامة دون الخاصة، وذلك فى مثل الجوامع، وأما مساجد القبائل، فإنها خاصة، ويصح أن يكون فى البلد الواحد منها كثير، فمتى ضاق مسجد بنى بالقرب منه مسجد يتسع فيه، ولا يصح ذلك فى الجوامع، وأما على تجويز مالك ذلك فى الطرق، فيصح ذلك فى مساجد القبائل وغيرها.

مسألة: وعقد الحبس لازم مؤبد، فلا يجوز بيع شيء من الأحباس خلافًا لابن حنبل فى تجويز ذلك، ورواه ابن وهب عن ربيعة.

والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك، فإنه قال: وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك.

ودليل آخر، وهو أن ما لا يقل الحبس عن مقتضاه، إذا لم تخرب، فإنه لا ينقله عن مقتضاه، وإن خرب كالغصب.

مسألة: ومن كان له حائط، وفيه نخل، قد حبست بمائها، فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت، وفي مائها فضل، فقد قال مالك في الموازية وغيرها: لا يباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله، وإن غلبت عليها الرمال.

وروى ابن القاسم عن مالك: لا تباع الدار المحبسة، وإن خرجت وصارت عرصة. وقد قال في الموازية: ما خرب من الحبس وانتقل إلى أهل تلك الناحية، وبطل الموضع وأراد أهله بيعه، والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه أنه لا يجوز في الرباع بمال. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا يناقل الوقف وإن خرب ما حواليه، وقد تعود العمارة بعد الخراب.

فرع: قال الشيخ أبو إسحاق: لا يباع بعض الوقف، ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به.

مسألة: وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنقل ولا تحول. فأما ما ينقل كالحيوان والثياب، فقد قال مالك في المجموعة في الفرس المحبس يضعف، فلا يبقى فيه قوة للغز، ولا بأس ببيعه، ويجعل ثمنه في آخر.

قال ابن القاسم: وإن لم يبلغ شورك به، والثياب تباع إن لم يبق فيها منفعة، ويشترى بثمنها ما ينتفع به. وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يجوز ذلك، ولو كان غير هذا لبطلت الأحباس.

وجه القول الأول أن هذا فساد بين من صلاحه، ولا ترجى عودته إلى ما كان عليه، وليست كذلك الرباع، فإنها تعمر بعد الخراب، فلذلك لم يجز بيعها.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا حبس، فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع.

مسألة: وإذا حبس الرجل جزءًا مشاعًا من دار أو حائط، وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع، فقال ابن الماجشون: إن كان ينقسم بقاسم، فما وقع للحبس كان حبسًا.

ووجه ذلك أن المحبس إذا حبس جزءًا مما لا ينقسم قد كان حق شريكه، إن أراد البيع أن يبيع معه، فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه.

فرع: وإذا بيع الحبس بما ذكرناه أو لأن السلطان اشترى ذلك، فأدخله في موضع أو مسجد، فقد قال مالك وابن القاسم: يشترى به دور مكانها من غير أن يقضى به عليهم. وقال عبدالملك: يقضى، ولو استحق الحبس، فأخذ ثمنه، فليصنع به المحبس ما شاء.

وجه القول الأول أنه معنى أوجب إخراج ما حبس عن المحبس والرجوع بثمنه، فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالاستحقاق.

ووجه قول ابن الماجشون أن المحبس إذا حبس ما يملك، فقد تعلق حق المحبس بتلك العين على اللزوم، فإذا وجب إخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جملة، لزم أن يجعل ثمنه في بدله؛ لأن التحبيس حق لازم، وكذلك الاستحقاق، فإن الاستحقاق قد بين أن الحبس لم يتعلق بتلك العين؛ لأن المحبس حبس ما لا يملك، فلم يتعلق به الحبس.

مسألة: وأما العمرى، فإنه يجوز للمعمر أن يشترى به مرجع الدار المعمرة. وفي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما: أنه يجوز للمحبس أن يشترى من ابن أخيه مرجعها؛ لأنها عمرى.

* * *

الباب الثامن: فيمن تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر والمحبس عليهم

فأما العمرى والحبس مما حكمه حكم العمرى، فإنها تعود إلى صاحبها الأصلي، إن كان حيًّا، فإن كان ميتًا، فإلى ورثته يوم مات؛ لأنه لم يخرجه عن ملكه إخراجًا مؤبدًا، وإنما أخرجه إخراجًا مؤقتًا كالإجارة.

وقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه فيمن أعمر دارًا أو خادمًا لفلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل مرجعها إليه ولا إلى وجه ذكره، فإنها ترجع إليه كما لو اشترطه.

ووجه ذلك أنه منافعه لم يملكها مؤبدًا، وإنما أخرج منها شيئًا مؤقتًا على غير لفظ القربة التي تقتضي التأبيد، فبقي الباقي على ملكه.

مسألة: ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم، فقد قال عبدالملك:

ترجع إلى ربها ملكًا، وإلى ورثته ميراثًا. قال ابن القاسم: وكذلك لو أسكن رجلاً حياته. وأما الحبس المؤبد الذى لم يجعل له مرجعًا، فقد قال مالك: يرجع إلى أولى الناس ممن حبسه حبسًا عليهم.

ووجه ذلك أنه لما اقتضى التأبيد لم يرجع عليه. قال ابن كنانة: لأنه رجوع فى الصدقة، ولم يكن له وجه معين يرجع إليه، فرجع إلى أحق الناس بالحبس، وذلك أول وجه ينصرف إليه لما يجتمع فيه من الصلة وسد خلة الفقراء.

وقد روى أشهب عن مالك فى الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه، وعلى أولادهم، فانقرضوا، فأحب إلىّ أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثًا. وقد قال مثله فيمن حبس غلامًا على رجل وعقبه لا يباع، ولا يوهب، فهلك الرجل، ولم يترك عقبًا: يسلك به فى سبل الخير موقوفًا.

فرع: إذا قلنا إنها ترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع، قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم: فلما رجع ميراثًا روعى فيه ورثته يوم مات. وأما ما يرجع حبسًا، فلا ولا هم به يوم يرجع.

ووجه ذلك أن ما يرجع ملكًا إليه أو إلى ورثته ملكه عليه تام باق؛ لأنه إنما وهبه منفعته مدة مؤقتة، فإذا مات ورثه عنه ورثته.

وأما ما خرج عنه على وجه الحبس، فقد زال بملكه عن جميع منافعه على التأبيد، فلا رجوع له إليه، وإنما يرجع على وجه الحبس إلى من يستحق ذلك يوم المرجع؛ لأنها منافع لا تورث عنه، وإنما تؤخذ عنه على وجه الحبس، فليأخذها من يستحقها بعد انقراض المحبس عليهم المسمين فى الحبس كما لو جعل لها مرجعًا بعد الحبس لم يستحقها من أهل المرجع إلا من كان باقيًا يوم المرجع دون من انقرض أو من يأتى، والله أعلم.

فرع: ومن القرابة الذين يرجع إليهم الحبس؟ قال ابن القاسم عن مالك فى العتبية: إذا انقرض من حبس عليهم رجع إلى عصبة المحبس فى السكنى والغلة. وقال عيسى عن ابن القاسم: يرجع إلى أولى الناس به من ولد وعصبة، وقاله مالك فى الموازية.

فرع: إذا ثبت أنه يرجع إلى العصبة من الرجال، فهل للنساء مدخل فى ذلك؟ قال مالك فى الموازية: يرجع إلى أولى الناس بالمحبس حبسًا عليهم، رجالاً كانوا أو نساء.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: يرجع إلى عصبة المحبس، قيل له: إنه ابنة واحدة، قال: ليس النساء عصبة، إنما يرجع إلى الرجال. وقال أصبغ: هى كالعصبة لأنها لو كانت رجلاً لكانت عصبة، وأرى ذلك كله لها.

وجه القول الأول أن الحبس إنما يصرف إليهم على وجه الصلة وسد خلة القرابة والبنت من أحق الناس بذلك.

ووجه القول الثانى أنها ليست بعصبة على الانفراد فلم تستحق شيئًا من ذلك بالقرابة كالخالة.

فرع: فإذا قلنا إن للنساء فى ذلك مدخلاً، فقد قال مالك فى الموازية: كل امرأة لو كانت رجلاً كان عصبة للمحبس، فهى ممن يرجع إليه الحبس، ولا يدخل فيه بنو الأخوات، ولا بنو البنات، ولا زوج ولا زوجة.

قال ابن القاسم: إنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات والأخوات للأب أو للأب والأم وبنات الأخ، ولا يدخل الأخوات للأم، ذكرًا أو أنثى، وتدخل الأم.

وروى أشهب عن مالك: لا تدخل الأم.

وقال عبدالملك: لا يدخل فيه من النساء إلا من يرثه وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والأخوات، وأما الأم فلا تدخل فيه؛ لأنها ليست من حرم نفسه.

وأما العمات وبنات العم وبنات الأخ، فلا مدخل لهن، فيه.

وفى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم: أن الحبس إنما يرجع من النساء إلى من يرثه دون من لا يرثه من عمة وخالة ونحوهما.

وجه قول مالك، أن مكانه، مكان التعصيب، وللنساء مدخل فى مرجع الحبس، فلما كان الرجال يدخلون فيه بالتعصيب، وكان للنساء فيه مدخل، ولا تعصيب لهن، اعتبر فيه قعدد التعصيب.

ووجه قول ابن الماجشون، أن من لا مدخل له فى الميراث، فلا مدخل له فى مرجع الحبس كالأجانب. وأما الأم، فإن ابن القاسم أدخلها فى مرجع الحبس على ما تقدم من أصله؛ لأن موضعها موضع الأب، ومنع من ذلك أشهب فى روايته عن مالك؛ لأنه لا يتصور فيها أن يكون رجلاً بخلاف بنات الأخ والعمات.

مسألة: وسواء كان أهل المرجع، ذكورًا أو إناثًا، قاله مالك في الموازية، فإن كان أخًا وأختًا، فهو بينهما بالسواء، كان كأن قد شرط في حبسه للذكر مثل حظ الأنثيين، قاله عبدالملك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه راجع إليهنّ بمعنى التشريك في الحبس لا على معنى التوارث.

مسألة: فإن كان أهل المرجع بنات وعصبة، فهو بينهم إن كان به سعة وإلا فالبنات أولى من العصبة، ويدخل مع البنات الأم والجدة للأب دون الزوجة والجدة للأم، قاله ابن حبيب عن ابن القاسم.

قال: وإن رجعت إلى إخوة دخل معهم الأخوات، وإن رجعت إلى أعمام دخل معهم العمات، وإن رجعت إلى بنى أخ دخل معهم بنات الأخ، وإن رجعت إلى بنى عم دخل بنات العم، وإن رجعت إلى ولد المولى المنعم، دخل معهم بنات المولى المنعم، وكذلك فى العصبة الأقرب فالأقرب، فإن كانوا مواليه، فهو عصبة، إن لم يكن ثم عصبة أقرب منهم. وفى العتبية من سماع ابن القاسم: يدخل النساء مع العصبة فى السكنى والغلة.

١٤٢٤ – مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سَمِعَ مَكْحُولا الدِّمَشْقِيَّ يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ، عَنِ الْعُمْرَى وَمَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِى أَمْوَالِهِمْ وَفِيمَا أُعْطُوا.

قَالَ يَحْيَى: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعُمْرَى تَرْجِعُ إِلَى الَّذِى أَعْمَرَهَا إِذَا لَمْ يَقُلْ هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ[1].

الشرح: يحتمل أن يكون مكحول إنما سأل القاسم بن محمد عن العمرى لما بلغه فيها من اختلاف الناس، ويحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها، وإن لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله، فأراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك ليأخذ به أو لينظر فيه.

وقوله: «**عن العمرى، وما يقول الناس فيها**» يحتمل أن يسأله العمرى، ويعلمه بقول الناس فيها، وسأله عما يختار الناس من ذلك، ويحتمل أن يريد أنه سأله عن العمرى

١٤٢٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥١.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥١.

وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها، ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس، فقال: «**ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم**» معناه أن المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وإفراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه، كان شرطه تامًا، وكانت عطيته على ما شرط لا تتجاوز ذلك، وقد بين ذلك مالك بقوله: «**إن الأمر عندنا على ذلك**» يريد أن الحكم جار عندهم، يريد علماء المدينة، «**بأن العمرى ترجع إلى الذى أعمرها**» يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها؛ لأن العطية إنما تعلقت بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمرى الذى يقتضى التوقيت.

فصل: وقوله: «**إذا لم يقل هى لك ولعقبك**» فإذا قال: هى لك ولعقبك، فإن جواب ابن القاسم وتفسير مالك غير متناول لهذا اللفظ، فيجب أن ينظر فى حكمه. وفى الموازية: من قال: دارى هذه لفلان ولعقبه، فليس له أن يستهلكها، ولا يقطع منفعتها عن عقبه، وله غلتها ومنافعها، دون ضمان عليه؛ فى شىء من ذلك. قال محمد: لأنها دار، ولو كانت مالاً أو شيئًا يغاب عليه لضمن.

وجه ذلك أن قوله: دارى هذه لفلان ولعقبه، يقتضى التمليك؛ لأن ظاهر إضافته إليه يقتضى التمليك. وقوله: لفلان أو لفلان وعقبه، يقتضى أيضًا تمليك الرقبة لتضمنه التأبيد، ولو اقترن به ما يدل على المنافع من قوله: عمرى أو سكنى، يحمل على المنافع أو وقت ذلك بزمن، فقال: هى لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يحمل على المنافع؛ لأن ملك الرقبة لا يتوقت.

مسألة: وأما التعقيب، فلا يمنع تمليك الرقبة بمجرده؛ لأنه يقتضى التشريك فى المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة إلى آخرهم، ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها؛ لأن ذلك فائدة ملكه لها، فلا تصل إلى آخرهم، ولكنها كلما صارت بيد إنسان بقيت عنده مراعاة، فإن جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذى ملك الرقبة، إن لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأة، فلا يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ إلى حد سن اليأس من أن يولد له كالمجبوب ونحوه، فبين بذلك أنه هو الذى قصد بالتمليك، فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره.

١٤٢٥ – مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفْصَةَ بِنْتِ عُمَرَ

١٤٢٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٢.

دَارَهَا، قَالَ: وَكَانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَنَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ مَا عَاشَتْ، فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ بِنْتُ زَيْدٍ، قَبَضَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ الْمَسْكَنَ، وَرَأَى أَنَّهُ لَهُ.

الشرح: قوله: **«إن عبدالله بن عمر ورث من حفصة دارها»** يريد أنه ورثها، وانتقلت إليه عنها بالميراث، **«وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب تلك الدار ما عاشت»** وهذا معنى العمرى **«فلما توفيت بنت زيد قبض عبدالله الدار»** يريد بمعنى الميراث الذى تقدم ذكره، لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت، فرأى عبدالله بن عمر أنه قد انقطع بذلك حكم العمرى، فإن ما تقدم فيها من العمرى، لم يخرجها عن ملك موروثته، ولا منعه من تملكه بالميراث عن حفصة، وهذا مذهب مالك رحمه الله.

وقول جماعة من أصحابه: فإن سلمه من يخالف ذلك، قسنا عليه ما كان عمرى للمعطى ولعقبه، وحملناه عليه؛ لأن لفظ العمرى فيه وفى عقبه سواء، فإذا لم يملك بالعمرى لمعين، فكذلك لا يملك بالعمرى له ولعقبه، وإن لم يسلموا، فهو تفسير حديث النبى ﷺ ومبين لمعناه، ومقرر لحجة مالك فيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى اللقطة

١٤٢٦ – مَالِك عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ يَزِيدَ مَوْلَى الْمُنْبَعِثِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ، فَقَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهَا». قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «هِيَ لَكَ أَوْ لأخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ». قَالَ: فَضَالَّةُ الإبِلِ؟ قَالَ: «مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا».

الشرح: قوله: **«جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة»** يحتمل أن يكون سأله عن جواز أخذها، ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها، وما يلزم فيها، وما يجوز لمن أخذها.

١٤٢٦ – أخرجه البخارى فى المساقاة ٢٣٧٢. ومسلم فى اللقطة ١٧٢٢. والترمذى فى الأحكام ١٣٧٢، ١٣٧٣. وأبو داود فى اللقطة ١٧٠٤، ١٧٠٦، ١٧٠٧. وابن ماجه فى الأحكام ٢٥٠٤، ٢٥٠٧. وأحمد فى مسند الشاميين ١٦٥٨٩.

فأما جواز أخذها، فقد روى نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة، فلا يأخذها. وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك أنه قال: لا أحب أن يأخذها من وجدها إلا أن يكون لها قدر. وقال فى موضع آخر: أو لذى رحمه. وأما الشىء الذى له بال، فأرى له أخذه.

وروى عنه أشهب: أما الدنانير وشىء له بال، فأحب إلىّ أن يأخذه، وليس كالدرهم وما لا بال له، لا أحب له أن يأخذ الدرهم.

ومعنى ذلك أن الشىء الكثير الذى له بال يخاف عليه الضياع إن تركه، فأخذه على وجه التعريف به والحفظ له إلى أن يجده صاحبه من أعمال البر. وأما الشىء اليسير، فإنه فى الأغلب يؤمن عليه، فإن من يجده لا يسرع إليه، وبقاؤه مكانه أقرب إلى أن يعود صاحبه، فيجده، ولو أخذه الملتقط لتكلف من تعريفه ما عليه فيه مشقة، وربما ضيع ذلك لقلة اللقطة وتفاهتها، وأن العادة جارية بأن من سمع خبرها، لا يكاد أن يبلغه، ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة التى لها بال، فإن العادة جارية بأن من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها إلى صاحبها.

وأما من التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك، فقد قال مالك فى العتبية: إن كان فى طريق وضع ذلك فى أقرب الأماكن إليه يعرف به، وإن كان فى مدينة فلينتفع به، ويعرفه وأحب إلىّ لو تصدق به، فإن جاء صاحبه أداه إليه.

وفى سماع أشهب فيمن وجد العصا أو السقوط، قال: لا يأخذه، فإن أخذه عرفه، فإن لم يعرفه أرجو أن يكون خفيفًا، ولو وجد بقرية عرف بها، فإن عرفت وإلا تصدق بها، وضمن قيمتها لربها.

ومعنى ذلك أنه إذا كان بطريق وضع ذلك فى أقرب الأماكن إليه يعرف به؛ لأن ذلك هو الموضع الذى يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته، وعليه من يسمع التعريف ممن يمضى إلى موضع صاحب اللقطة فى الأغلب، فيكون أقرب إلى معرفة صاحبه به.

وأما إن كان بمدينة، فلا يخرج اللقطة عنها؛ لأن صاحبها بها يطلبها كان منها أو غيرها، وأباح له الانتفاع بها إن كان ذلك لا يتلفها، ولا ينقصها قبل الحول.

وأما بعد الحول، فعلى وجه الضمان لها، وقد روى سويد بن غفلة، قال: كنت مع سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان فى غزوة، فوجدت سوطًا، فقالا لى: ألقه، قلت:

لا، ولكنى إن وجدت صاحبه، ولا استمتعت به، فلما رجعنا حججنا، فمررنا بالمدينة، فسألت أبى بن كعب، فقال: «وجدت صرة على عهد النبى ﷺ فيها مائة دينار، فأتيت بها النبى ﷺ، فقال: عرفها حولاً، فعرفتها حولاً، ثم أتيت إليه، فقال: عرفها حولاً، ثم عرفتها حولاً، ثم أتيته، فقال: عرفها حولاً، ثم أتيته الرابعة، فقال: اعرف عدتها، ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها»(*).

وقال بعد ذلك سويد بن غفلة: لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولاً واحدًا.

مسألة: فإن أخذ اللقطة، فإن ذلك لا يخلو من أحد وجهين، أحدهما: أن يأخذها، ولا يريد التقاطها. والثانى: أن يأخذها ملتقطًا لها. فأما الأول، فأن يجد ثوبًا، فيظنه لقوم بين يديه، فيأخذه، فيسئلهم عنه، فلا يدعونه، فهذا الذى له رده حيث وجده، ولا ضمان عليه فيه، قاله ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن مالك؛ لأنه لم يصر فى يده، ولا تعدى عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له، ولم يلتزم فيه حكم اللقطة.

والوجه الثانى: أن يأخذها ملتقطًا لها، وبذا قد لزمه عند ابن القاسم حفظها وتعريفها، فإن ردها بعد أن أخذها؟ قال ابن القاسم: يضمنها. وقال أشهب: لا يضمنها إن ردها فى موضعها بقرب ذلك أو بعده، فلا إشهاد عليه فى ردها، وعليه اليمين لردها فى موضعها، فإن ردها فى غير موضعها، ضمن.

وجه القول الأول أن النبى ﷺ حكم عليه بالتعريف بها فإن جاء صاحبها أداها إليه، ولم يقل له اتركها فى موضعها كما قال فى ضالة الإبل: «ما لك لها» ولأنه لما قبضها ملتقطًا لها، وقد أزالها عن الغرر إلى حالة يؤمن عليها فيها، فإن ردها إلى موضعها، فقد أعادها إلى الغرر، فعليه ضمانها كمن أخرج صبيا لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك، ثم رده فيها، فهلك فإنه يضمن، أو أخرج ثوبًا من النار قبل أن يحترق، ثم رده فى النار فاحترق.

ووجه قول أشهب أنه لم يأخذها على وجه التعدى والضمان، فإذا أعادها إلى موضعها، فتلفت فيه، فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أولا فتلفت فيه، فلا ضمان عليه كضالة الإبل.

مسألة: ولو دفع الملتقط اللقطة إلى غيره يعرفها، فضاعت فلا شىء على الملتقط، قاله ابن القاسم. قال ابن كنانة: وكذلك لو قال له: اعمل بها ما شئت.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذى حديث رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

ووجه ذلك أن يكون دفعها إلى مثله فى الثقة والأمانة.

وقد روى ذلك عن ابن القاسم: وإذا قال له: اصنع بها ما شئت، وذلك أن يكون دفعها إلى مثله، فهو قد أعلمه بأصلها، فلا يؤثر قوله له: اعمل بها ما شئت؛ لأنه ليس للثانى أن يعمل بها إلا ما للأول، وإنما جاز فى اللقطة أن يخرجها عن يده لغير ضرورة، ولم يجز ذلك فى الوديعة، لأن المودع دفع إليه الوديعة صاحبها، ولم يرض إلا بأمانته، فهو متعد إن دفعها إلى غيره، وأما اللقطة، فلم يأخذها باختيار صاحبها، فكانت حاله وحال من هو مثله فى الأمانة سواء؛ لأن صاحبها لم يعينه لحفظها.

مسألة: ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة، فقد قال ابن القاسم: لا شىء عليه. قال أشهب وابن نافع: عليه اليمين. قال أشهب: وإن ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها، فهو مصدق فى قوله: التقطتها لأعرف بها، فلا يمين.

ووجه ذلك أن يده يد أمانة، فلا ضمان عليه فى الضياع، ولا طريق إلى معرفة ما فى نفسه من التعريف بها أو غيره، فلو ألزمناه اليمين لارتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليدفع عن نفسه اليمين، إذ لا طريق إلى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره، فلم يجب عليه يمين.

فصل: وقوله ﷺ: **«اعرف عفاصها ووكاءها»** قال ابن القاسم: العفاص الخرقة والخريطة، والوكاء الخيط الذى تربط به. وقال عمر بن عيسى الأعشى: وعن أشهب فى النوادر: العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها، والذى قاله ابن القاسم أصح؛ لأن الوكاء فى كلام العرب ما يربط به، وكذلك روى فى حديث أبى المتقدم أن النبى ﷺ، قال له: «اعرف عدتها، ووعاءها، ووكاءها» فجعل مكان العفاص الوعاء، وأثبت الوكاء الذى يوكائه به الوعاء، فصح أنه الخيط الذى يربط به.

فصل: وقوله: **«اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة»** معناه عندى والله أعلم، أن يحفظ صفة العفاص والوكاء، ويكتم ذلك لينفرد بحفظه.

وفى النوادر لابن نافع عن مالك: أنه قال: ينبغى للذى يعرف اللقطة أن لا يريها أحدًا، ولا يسميها بعينها، ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم وحليًا أو عرضًا لكن يعمى ذلك لئلا يأتى مستحل، فيصفها بصفة المعرف، فيأخذها، ويبين ذلك بقوله ﷺ: **«اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها»** ولم يقل ثم عرف بذلك، ولا أبرزها وأظهرها،

ولو جاز له أن يذكر صفتها لما احتاج إلى حفظ العفاص، والوكاء ولأغنى عن ذلك إظهارها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**ثم عرفها سنة**» قدر فى حديث زيد بن خالد مدة التعريف بالسنة، وفى حديث أبى أنه أمره بذلك ثلاث مرات، ثم شك فى ثلاثة أو واحدة، فإن ثبتت الأعوام الثلاثة فى حديث أبى دون شك، فلم يأمره كل مرة إلا بالتعريف سنة.

ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهنى؛ لأنه سالم من الشك وحديث أبى شك فيه الراوى. والثانى: أن يجمع بين الحديثين، فإن السائل فى حديث زيد بن خالد هو أعرابى وكذلك رواه سفيان الثورى عن ربيعة، فأمره النبى ﷺ بالحق الواجب الذى لا يستبيح اللقطة دونه، وأبى بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلائهم ومن أهل الورع والزهد، فندبه النبى ﷺ إلى التوقيف عنها أعوامًا، وإن كانت مباحة له بعد أول عام، لكن مثل أبى من أهل العلم والورع لا يسرع إلى أكل ما هو مباح، بل يتوقف عنه، ويستظهر فيه.

ومن جهة المعنى أن الحول قد جعل فى الشريعة مدة للاختبار كاختبار العين، وما جرى مجرى ذلك، وهذا فى الأغلب مما تتصل فيه الأنباء وترد فيه الأخبار، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وصفة التعريف؟ قال ابن نافع عن مالك: يعرفها كل يومين أو ثلاثة، وكلما يتفرغ، ولا يجب عليه أن يدع التصرف فى حوائجه ويعرفها.

فصل: وقوله: «**فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**» يريد والله أعلم من تعلم أنه صاحبها أو يغلب على ظنك أنه صاحبها ببينة أو بإخباره عما أمرت بحفظه من صفاتها، فتدفعها إليه. وقال الشافعى: لا يدفع إلا إلى من يقيم بينة بها.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ فى حديث أخرجه البخارى عن سفيان عن ربيعة «عرفها سنة، ثم اعرف عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها، ووكائها، وإلا فاستنفق بها»(*) وهذا نص فى موضع الخلاف، وهذه فائدة حفظ صفة العفاص، والوكاء أن يكون من أتى، فأخبر عنها بذلك أنه صاحبها ودفعت إليه أن الأغلب من حالها أنه لا يأتى بصفتها إلا صاحبها.

(*) أخرجه البخارى كتاب اللقطة حديث رقم ٢٤٣٨.

ومن جهة المعنى أنه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله، وما يخرج به من نفقته، فلم ترد لقطة إلا على من يقيم بها بينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه، فلا يكاد أن يقوم شيء منه ببينة.

مسألة: والمراعى فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعدد، إن كانت دراهم أو دنانير، قاله ابن القاسم وأشهب. وعند أصبغ: العفاص والوكاء.

وأصل ذلك قول النبي ﷺ في حديث أبي بن كعب: «اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها»(*) فأمر باعتبار هذه الثلاثة، فمن وصفها استحق اللقطة.

ومن جهة المعنى أن الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة وعاء الدراهم، وصفة الوكاء، وكثير من الناس يعرف العدد، إن كانت معدودة، أو الوزن إن كانت موزونة.

وظاهر قول أصبغ مبني على التعلق بحديث زيد بن خالد، وليس فيه ذكر العدد.

فرع: وهل يلزمه مع هذا يمين أم لا؟ المشهور من المذهب، وهو الظاهر من قول ابن القاسم: أن لا يمين عليه. وقال أشهب: إن وصف ذلك كله لم يأخذها إلا بيمينه أنها له.

وجه قول ابن القاسم أنه ليس هناك من ينازعه فيها، ولا من ينازع عنه، فلا معنى لهذه اليمين، ولأنها لو كانت اليمين تجب لغائب، لم يصح إلا بأمر حاكم.

ووجه قول أشهب أن هذا نوع من الاستحقاق من يد مدع.

فرع: وهل من شرط دفعها إليه أن يأتي بهذه الصفات الثلاث، قال محمد بن عبدالحكم: لو أصاب تسعة أعشار الصفة، وأخطأ العشر لم يعطها، إلا في معنى واحد أن يصف عددًا، فيوجد أقل.

وقال أشهب: إن عرف منها وصفين، ولم يعرف الثالث دفعت إليه. وقال أصبغ: إن عرف العفاص وحده، فليستبرأ فإن جاء أحد، وإلا أعطيها.

وما ذكر في الحديث: «اعرف العفاص والوكاء» ليس على أن يستحقها إلا بمعرفتها

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذي حديث رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

كما جاز فى شرط الخليطين أصناف تجرى، وإن انخرم بعضها، فالظاهر من قول أشهب أنه لا يعطاها بأقل من وصفين أنه أقل ما يعتبر فى الحديث. قال الشيخ أبو محمد: وقد رأيت لبعض أصحابنا: لا يأخذها إلا بمعرفة العفاص والوكاء.

وقول أصبغ ظاهر فى أنه يعطاها من أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين، ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبدالحكم موافقًا له؛ لأنه إنما امتنع من دفعها إليه أخطأ فى الصفة بأن وصف شيئًا من ذلك بغير صفته.

وقد اختلف فى هذا قول أصبغ، فقال: إن قال فى خرقة حمراء، وخيط أصفر، فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود، فقال: يستبرأ أيضًا أمرها، ثم رجع، ثم قال: هذا كذب نفسه فى ادعائه المعرفة، فلا يصدق وإنما يصدق لو أصاب فى بعض، وادعى الجهالة فى بعض، وهذا الذى قال أشهب: يدفع إليه؛ لأنه قد سمى بعض الصفات.

وقد قال أشهب: لو أخطأ فى صفتها لم يعطها، فإن وصفها مرة أخرى، فأصابها لم يعطها.

ووجه ذلك أن هذا خارج إلى حد التخمين والحرز؛ لأنه إذا وصف صفة، فأخطأ، فلابد أن يصادف، فيأخذ ما ليس له، فلذلك يؤخذ بأول قوله.

ووجه قول أصبغ أنها صفات ورد الشرع باعتبارها، فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخلطاء.

مسألة: ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده، قاله فى العتبية أصبغ، وزاد ابن حبيب عنه: أنه قال: ولكنى أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء، ويتحالفان، فإن نكل واحد منهما دفعت إلى الحالف، وهذا جنوح منه إلى إلحاق معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء.

مسألة: وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إذا وصف سكة دنانير اللقطة طالبها، لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير السكة.

وقال يحيى بن عمر: ما يتبين لى قول سحنون وأرى إذا وصف السكة فى الدينار، وذكر نقص الدنانير إن كان فيها نقص، فأجاب بذلك أنه يأخذها.

وجه قول سحنون أن السكة إذا كانت واحدة بالبلد، فهو بمنزلة أن يقول هي دنانير، فهذا لا يستحق به شيئًا؛ لأن الغالب إذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذى لا يجرى فيه غيرها، وإنما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعروفة فيها، ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة فى دينار من الدنانير مما لا يكون معتادًا، ولعله هذا الذى أراد يحيى بن عمر، أو يكون ببلد فيه سكك مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف نقص بعض الدنانير، وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتى شرط سحنون، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك**» معناه والله أعلم، فإن جاء صاحبها، وهو الذى يصفها أخذها على حسب ما تقدم، وهذا إذا كان وصفها واحدًا، فإن وصفها رجلان، وتساويا فى صفتها حلفا وتقاسماها، ومن نكل منهما، فهى للآخر.

فإن وصفها أحدهما، فأخذها ثم أتى آخر، فوصفها، قال ابن القاسم: لا يدفع الدافع إليه شيئًا، وقاله أشهب، وزاد: أنه إن كان الثانى وصفها، فلا شىء له، وإن أتى ببينة، والأول واصف، فصاحب البينة أحق فيها.

ومعنى ذلك أن الأول قد صارت له يد، فإذا تساويا كان أحق لليد المتقدمة، وإن أقام الثانى بينة بالملك، فبينة الملك أقوى من اليد، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فشأنك بها**» أباحه التصرف فيها لما رآه من إنفاق أو صدقة أو التمادى على الحفظ.

وقد روى البخارى من طريق إسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبى ﷺ قال: «عرفها سنة، ثم اعرف وكاءها وعفاصها، ثم استنفق بها، وإن جاء ربها، فأدها إليه»(*).

وروى سويد بن غفلة فى حديث أبى أنه أمره بتعريفها حولاً بعد حول، فدل ذلك على جواز الاستنفاق على معنى الاستسلاف لها، وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها.

ورأى مالك وابن القاسم، أن أفضل ذلك أن يتصدق بها، فإن جاء صاحبها أداها إليه، وإن لم يأت كان له أخذها، لأن ذلك أنزه، وأبرأ من التسرع إليها، وترك

(*) أخرجه البخارى كتاب اللقطة حديث رقم ٢٤٣٨.

الاجتهاد فى تعريفها، ومن استنفقها بعد الاجتهاد فى التعريف على ما أمر به النبى ﷺ، فلا إثم عليه، ومتى أتى صاحبها أداها إليه، قال ﷺ: «فإن جاء صاحبها فأدها إليه».

قال ابن وهب: فإن مات ولا شىء له فهو فى سعة إن شاء الله؛ لأن النبى ﷺ أذن له فى أكلها.

مسألة: وهذا فى الشىء الذى له مقدار، فأما الشىء التافه الذى لا قدر له، ويعلم أن صاحبه لا يتبعه، فلا تعريف فيه، وقد قال أشهب فى الذى يجد العصا والسوط: يعرفانه، فإن لم يعرف به، فأرجو أن يكون خفيفًا.

ومعنى ذلك أن لا ثمن له إلا بعض الدرهم. وقال أشهب فى الدرهم وما أشبهه: لا بأس أن يتصدق به قبل السنة.

وأصل هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال: مر النبى ﷺ بتمرة فى الطريق، فقال: «لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»(*) فأخبر ﷺ أنه إنما امتنع من أكلها مخافة أن تكون من الصدقة، ولا تحل له الصدقة، ولم يذكر تعريفها.

مسألة: قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى حكم لقطة كل بلد إلا مكة، فإن لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة، وعلى صاحبها أن يعرفها أبدًا.

والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة «أن النبى ﷺ لما فتح مكة قام فى الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: إنها لا تحل لأحد بعدى، لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها، ولا تحل لقطتها، إلا لمنشد»(*) فخص مكة بهذا الحكم، وحرم ساقطتها على منتفع بها، أو متصدق بها، وجعلها لمن ينشدها خاصة.

ومن جهة المعنى أن مكة يردها الناس من كل أفق بعيد، فهو فى تعريفها أبدًا يرجو أن يصل الخبر إلى البلاد النائية، ويتمكن لمن وصل إليه الخبر أن يرد الخبر لطلبها أو يستنيب فى ذلك. فأما فى سائر البلاد، فإنها إذا طال أمدها، ولم يأت من يتعرفها،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٣١. مسلم حديث رقم ١٠٧١. أبو داود حديث رقم ١٦٥١، ١٦٥٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١١٧٨٠.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١١٢، ٢٤٣٤، ٤٣١٣. مسلم حديث رقم ١٣٥٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٨٩٢. أبو داود حديث رقم ٢٠١٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٩١٦، ٣٢٤٣، ٧٢٠١. الدارمى حديث رقم ٢٦٠٠.

فإن الظاهر أن صاحبها قد انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فضالة الغنم؟ قال ﷺ: هي لك أو لأخيك أو للذئب**» قال عيسى بن دينار: إن ذلك في القفار أو البعيد من القرى وحيث إن تركها أكلها السبع، وهي معنى قوله: «**هي لك أو لأخيك أو للذئب**» يريد والله أعلم، أن صاحبها لا يرجى رجوعه إليها إن أخذتها أنت، وإلا أخذها أخوك من المسلمين، أو أكلها السبع. ومعنى ذلك والله أعلم، إباحة أخذها وأكلها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن اللقطة على ثلاثة أضرب، ضرب: يبقى في يد من يحفظه، ويخاف عليه الضياع مع الترك كالثياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب: لا يبقى في يد من يحفظه، ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة في الفلاة، فإن كانت في خربة أو موضع يجد من يحفظها في غنمه، فإن لها حكم اللقطة التي تبقى يعرفها سنة. وضرب ثالث: لا يخاف عليها الضياع كالإبل، فهذا سيأتي ذكره، إن شاء الله.

مسألة: ومن وجد شاة بفلاة، فنقلها إلى عمران، فإن كان نقلها حية، كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف، وإن ذبحها ونقلها، فقد قال أصبغ في العتبية: له أكلها غنيًا كان عنها أو فقيرًا، ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله، فإن جاء صاحبها بعد ذلك، فلا ضمان عليه، إلا أن يجد في يده ذلك فيكون أحق به.

ووجه ذلك أنه قد حازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعامًا قبل أن ينقلها.

مسألة: ومما لا يبقى بيد من يحفظه الطعام الذي لا يبقى من الفواكه والأدم، فهذا إن كان فلاة أو في غير موضع عمارة، فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة، لأن الشاة وإن كانت تبقى، فلا يمكن من وجدها أن يقيم عليها، ولا أن يحملها وهذا الطعام، وإن كان خفيفًا يمكن من حملها، فإنه لا يبقى بيد من حمله، وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال: وأكله أفضل من طرحه، فيضيع.

وأما إن كان في الحضر وحيث الناس، فيتصدق به أحب إليّ من أكله، فإن تصدق به، لم يضمنه، وإن أكله ضمنه. وقال أشهب: أما في غير الفيافي، فيبيعه، ويعرف به، فإن جاء صاحبه دفع إليه ثمنه، ليس له غير ذلك.

وروى ابن مزين عن عيسى فيمن وجد ما لا يبقى من الطعام في فلاة أو حاضرة، فعرفه، ثم أكله أو تصدق به، ثم جاء صاحبه، فلا شيء له عليه.

ووجه ذلك ما قدمناه أنه إذا كان بفلاة، فلا صنع له فيه إلا أكلـه، وذلـك خير مـن تضييع نعمة من نعم الله تعالى.

وأما إن كان بغير فلاة، فإنه على قول مطرف يتصدق به، ولا يلزمه بيعـه؛ لأن البيـع مما لا يلزم الملتقط، وإنما يلزمه الحفظ ما أمكنه. وعلى قول أشهب يبيعه؛ لأنـه لما تعـذر عليه حفظ عين اللقطة، عاد إلى حفظ ثمنها؛ لأنه بدل منها.

فصل: وقوله: للذى سأله عن ضالة الإبل: **«ما لك ولها»** يحتمل أن يكون معناه المنـع من أخذها وضمانها، فإن اللقطة إنما تؤخـذ علـى معنـى الحفـظ لصاحبهـا، وهـى مـا لا يسرع التلف إليها، ولذلك قال ﷺ: **«معها سقاؤها»** قال عيسى: معناه أنهـا تصبر عـن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلاً إلى الورود، فجعل صبرها عن المـاء بمعنـى السـقاء. **«وحذاؤها»** قال عيسى: معناه أخفافها **«تـرد المـاء، وتـأكل الشـجر حتـى يلقاهـا ربهـا»** نبهه على أنها تمتنع من عوادى السباع فى الأغلب، وأنها مـع وردهـا المـاء وأكلهـا مـن الشجر الذى لا يعدمها، ستبقى بامتناعها إلى أن يلقاها ربهـا، فيأخذهـا والتقاطهـا يمنـع صاحبها من وجودها، ويضر به فى طلبهـا؛ لأنـه قـد طلبهـا فـى الجبـال ومواضـع المـاء والشجر، فإن منعت من تلك المواضع، لم يجدها ربها.

ويحتمل أن يكون معنى قوله: **«ما لك ولها»** المنـع مـن التصـرف فيهـا بعـد تعريفهـا؛ لأن من التقط ثوبًا أو دنانير، تكلف حفظها مدة سنة مع خوف الضيـاع عليهـا، إن لـم يأخذها من وجدها، فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكلف تعريفها.

وأما من وجد ضالة الإبل، فتكلف حفظها، فقد تكلف ما يستغنى عنه فيه، بـل ربمـا استضر به، وإن كانت فيه منفعة، فنادرة ويسيرة غير مخلصة من مضـرة الإنفـاق عليهـا، فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها، ويحتمل عنـدى أن يكـون معنـى قولـه ﷺ فـى ضالة الغنم: **«هى لك أو لأخيك أو للذئب»** فنهى عن أخذهـا علـى هـذا الوجـه، وهـو ممنوع باتفاق.

فرع: فإذا قلنا بالوجه الأول، فمعناه أنه إذا أبيح للناس أخذها تسـرع إلى أكلهـا فـى ذلك بالأمراض والخوف عليها، ومن أخذها احتاج إلى الإنفاق عليها، وهـى إذا كـانت فى مواضعها لم يخف عليها التسرع إلى أكلهـا ولا احتيـج إلى الإنفـاق عليهـا، والحفـظ لها، وهذا كان حكم ضوال الإبل فى زمن النبى ﷺ، وفى زمن أبى بكر وعمـر رضـى الله عنهما لما كان يؤمن عليها، فلما كان فى زمن عثمان وعلىّ رضى الله عنهمـا، ولـم

يؤمن عليهما لما كثر فى المسلمين ممن لم يصحب النبى ﷺ، وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها، ورفعها إليهم، ولم يروا ردها إلى موضعها.

وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها، ثم أباح له ردها إلى موضعها، وإنما اختلفت الأحكام فى ذلك لاختلاف الأحوال.

وقد قال مالك فيمن وجد بعيرًا، فليأت به الإمام يبيعه، يجعل ثمنه فى بيت المال. قال أشهب: إذا كان الإمام عدلاً.

ومعنى ذلك أنه أمن عليها من يتعدى فيها، فيتركها فى موضعها أفضل؛ لأنه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه، ويستغنى عن الإنفاق عليها، والتمون لها وقصد صاحبها إلى ذلك الموضع، وتتبع أثرها أيسر عليه من طلبها فى الآفاق البعيدة، لأنه لا يدرى من أواها قريب الدار أو بعيدها، فإن خاف عليها متعديًا يتلف عينها كان أخذها، ورفعها إلى الإمام ينظر فيها لصاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم. وهذا معنى ما روى عن عمر بن عبدالعزيز: يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

مسألة: وأما الخيل والبغال والحمير، فقد سئل عنها ابن القاسم: لا تؤكل، فمن التقطها، فإن جاء ربها أخذها، وإن لم يجئ ربها، فأرى أن يتصدق بها.

وقال أشهب فى كتبه: لا تؤخذ الخيل ولا البغال ولا الحمر، فإن أخذها عرفها سنة، ثم تصدق بها. فقال ابن كنانة: لا ينبغى لأحد أن يأخذ الدابة الضالة، ولا يتعرض لها، فالظاهر من قول ابن القاسم إباحة أخذها؛ لأنها لا تؤكل ولا تسرع الأيدى إلى أكلها إذا أمن حفظها كما يخاف ذلك فى الإبل.

ووجه قول أشهب وابن كنانة أنه حيوان يمتنع بنفسه، ويبقى دون من يحفظه، فلا تلتقط كالإبل.

مسألة: وأما البقر، ففى المدونة، إن كانت بموضع يخاف عليها، فهى بمنزلة الغنم، وإن كانت بموضع لا يخاف عليها السباع، ولا الذئاب، فهى بمنزلة الإبل ونحو ذلك.

قال أشهب: وقال ابن حبيب عن مطرف عن مالك فى ضالة البقر والغنم: إذا وجدها بالفلاة، فله أكلها، ولا يضمنها لربها، وإن كانت بقرب العمران، ضمنها إليه وعرفها، فجعلها ابن القاسم بمنزلة الإبل إذا لم يخف عليها، وألحقها مالك بالغنم فى

ضعفها عن الامتناع عند انفرادها، وإنما يكون فيها بعض المنفعة عند اجتماعها، إلا أن يكون إيصالها إلى العمران أيسر من إيصال الغنم، ففى مثل هذا يخالف حكمها حكم الغنم.

١٤٢٧ - مَالِك عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ الْجُهَنِيِّ أَنَّ أَبَاهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمٍ بِطَرِيقِ الشَّامِ، فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَارًا، فَذَكَرَهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: عَرِّفْهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَاذْكُرْهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنَ الشَّامِ سَنَةً، فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَشَأْنَكَ بِهَا.

الشرح: قوله: **«أنه نزل منزل قوم بطريق الشام، فوجد صرة فيها ثمانون دينارًا»** دليل على أنه فتحها ونظر إليها، وأخبر بذلك عمر، ولم ينكر عليه؛ لأنه بذلك يصل إلى معرفة ما فيها، ولذلك لا يضمن إذا وضعها عند غيره، ولا إذا رفعها فى موضع يختاره، وإن كان ذلك كله بغير إذن صاحبها.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: **«عرفها على أبواب المساجد»** فى سماع أشهب: ما أحب رفع الصوت فى المسجد، وإنما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد، ولو مشى هذا الذى وجدها إلى الحلق، فأخبرهم، ولا يرفع صوته لم أر به بأسًا.

فكان الغالب على الظن أنها لهم أو لمن مر بطريقهم، فإذا ذكر لمن يأتى من الشام، كان أقرب إلى معرفة صاحبها بحالها، وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى تعريفها المواضع التى يغلب على ظنه أنه ينتشر منها خبرها، ويصل سببه إلى صاحبها، فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبجامع الأسواق، فإن كان بطريق خص بالسؤال أهل تلك الجهات، ومن يمر عليها، ولا يترك إعلام غيرهم بها.

وقوله: **«فإذا مضت السنة فشأنك بها»** على ما تقدم فى حديث زيد بن خالد الجهنى.

١٤٢٨ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ رَجُلا وَجَدَ لُقَطَةً، فَجَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ،

١٤٢٧ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ١٠/١٣٦، والبيهقى فى سننه ٦/١٩٣، وابن حزم فى المحلى ٨/٢٥٩، ٢٦٢.

١٤٢٨ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ١٠/ ١٣٧، الأثر ١٨٦٢٣، والبيهقى فى سننه ٦/١٨٨، وابن حزم فى المحلى ٨/٢٦٦.

فَقَالَ لَهُ: إِنِّى وَجَدْتُ لُقَطَةً، فَمَاذَا تَرَى فِيهَا؟ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عَرِّفْهَا، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: زِدْ، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: لا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَهَا وَلَوْ شِئْتَ لَمْ تَأْخُذْهَا.

الشرح: سؤال نافع، ابن عمر عن اللقطة التى وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم، لاسيما اختصاصه بابن عمر، فقال له ابن عمر: «**عرفها**» ولم يحد له مدة سنة، إن كانت مما يعرف سنة لئلا يتضمن التحديد إباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة، وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها.

وقد قال مالك: لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها، ولكن يتصدق بها أحب إلىّ، ويخير صاحبها إذا جاء، فإن شاء أجازها، وإن شاء غرمها له، وإنما كره مالك أكلها لئلا يتسرع الناس إليها، ولئلا يظن به ذلك.

قال ابن عمر: «**لا آمرك بأكلها**» ولم يأمره أن يتصدق بها؛ لأنه لعله لم يعلم له مالا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء، ولم يجز الصدقة، ومن كان بهذه الصفة، فلا يستحب له أن يتصدق بها، فإن فعل، فلا إثم عليه.

فرع: فإن تصدق بها أو أكلها، وجاء صاحبها، فطلبها، فهو إسوة الغرماء، قاله ابن وهب. ووجه ذلك أنه دين ثابت فى ذمته بوجه حق.

* * *

القضاء فى استهلاك العبد اللقطة

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الْعَبْدِ يَجِدُ اللُّقَطَةَ فَيَسْتَهْلِكُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ الأَجَلَ الَّذِى أُجِّلَ فِى اللُّقَطَةِ، وَذَلِكَ سَنَةٌ، أَنَّهَا فِى رَقَبَتِهِ، إِمَّا أَنْ يُعْطِىَ سَيِّدُهُ ثَمَنَ مَا اسْتَهْلَكَ غُلامُهُ، وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَيْهِمْ غُلامَهُ، وَإِنْ أَمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِىَ الأَجَلُ الَّذِى أُجِّلَ فِى اللُّقَطَةِ، ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا كَانَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، يُتْبَعُ بِهِ، وَلَمْ تَكُنْ فِى رَقَبَتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهَا شَىْءٌ[1] .

الشرح: ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها،

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٦.

فإذا تعدى عليها العبد أو استهلك، ففى رقبته. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون: سواء أكلها، أو أكل ثمنها أو وهبها، أو تصدق بها.

ووجه ذلك أن ما أكلها جنابة على أى وجه كان، فهى فى رقبته، فإنما أن يفتديه بغرم ما استهلك وأما أن يسلمه.

مسألة: وأما إن كان مدبرًا، فقال أشهب والمغيرة: إما أن يسلم السيد خدمته يستخدم بقدر ما جنى، ثم يعود إلى سيده، فإن مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق فى ثلث سيده، وأتبع بما بقى.

وأما أم الولد، فعلى سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة ما أتلفت. وأما المكاتب، ففى رقبته إما أن يؤدى قيمة ما استهلك، وإما عجز، ثم يخير سيده بين إسلامه بها عبدًا وبين أن يفتديه، ويبقى له عبدًا.

فصل: وقوله: «**وإن أمسكها حتى يأتى الأجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها، كانت دينًا عليه، ولم يكن فى رقبته ولا على سيده**» يريد أن مجرد الإمساك مدة السنة فى العبد يخرجها عن أن تكون جناية تتعلق برقبته، وإن قال: لم أعرفها؛ لأنه لو قال: عرفتها لكان مصدقًا فى ذلك، فإذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده، كما لو أقر بجناية خطأ.

وأما الحر، فإنه لا يبيح له الانتفاع بها بعد السنة إلا تعريفها فى مدة السنة، ولو أقامت عنده أعوامًا لا يعرفها، لا يستبيح بذلك إنفاقها، وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه، وذلك أن النبى ﷺ إنما أباح هذا بعد تعريف سنة، فقال: «عرفها سنة».

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذه السنة عندى، هى من يوم ابتدأ بالتعريف، ولا يحتاج فى ذلك إلى حكم حاكم؛ لأنه حكم قد تقرر من النبى ﷺ فى كل ملتقط فى مثل تلك اللقطة، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى الضوال

١٤٢٩ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ ثَابِتَ بْنَ

١٤٢٩ - أخرجه ابن قدامة فى المغنى ٥/٦٤٩/٦٧٥، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٧.

الضَّحَّاكِ الأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ، فَعَقَلَهُ، ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلاثَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ لَهُ ثَابِتٌ: إِنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ.

قوله: «**أنه وجد بعيرًا بالحرة، فعقله**» يريد أنه منعه من الذهاب بعقال شده به على حسب ما تعقل الإبل والدواب، إذا خيف عليها ذلك، وهذا حسن له، ولعله لم يبلغه حديث النبى ﷺ بذلك.

فصل: وقوله: «**فذكره لعمر بن الخطاب رضى الله عنه**» يحتمل وجهين، أحدهما: أنه استفتاه فيما يلزمه فيه، وهذا جائز، والإمام فى ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء، إن كانت مسألة اتفاق، وإن كانت مسألة اختلاف، فالحكم جار على رأيه.

والثانى: أن يكون رفع الأمر إليه لينظر فيه، وقد قال مالك: ومن وجد بعيرًا، فليأت به الإمام، فيبيعه، ويجعل ثمنه فى بيت المال حتى يأتى ربه، ولا يوكل بذلك من وجده ليكون الثمن عنده، ولكن عند الإمام ليكون أمكن لربه إذا أتى. وقال أشهب: إن كان الإمام عدلاً رفعها إليه، وإن كان غير عدل، فليخلها حيث وجدها.

فصل: وقوله: «**فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات**» يقتضى ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل، ثم سأله، فأمره بتعريفه ثانية حتى أكمل ثلاث مرات، على حسب ما فعله النبى ﷺ بأبى بن كعب، فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة، وممن شهد بيعة الرضوان، ويحتمل أيضًا أن يكون كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات فى وقت واحد، اقتداء بالنبى ﷺ فيما روى عنه أنس أنه كان إذا تكلم كرر القول ثلاث مرات، ولم يؤقت مدة التعريف؛ لأن هذا التعريف لما لم يكن واجبًا، ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته مؤقتة.

فصل: وقول ثابت: «**أنه قد شغلنى عن ضيعتى**» يريد أن حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر فى ضيعته، فقال له عمر: «**أرسله حيث وجدته**» وفى العتبية، قال مالك: أرسل إلىّ الحسن بن زيد، فسألنى عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة، فقال: إنها قد آذتنى، فأمره أن يرسلها حيث أصابها.

ووجه ذلك أن عقله للبعير، وأخذه له على وجه حفظه لصاحبه، لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك فى اللقطة لحفظه، وذلك أن أخذه غير مأمور به، ولا فيه

منفعة لصاحب البعير، فلا يتعلق بـه حق صاحب البعير، ولذلك جاز لـه أن يرسله حيث وجده.

وأيضًا فإن هذا التعريف لم يكن مؤقتًا، ولم يقل فيه عرفه سنة، كما قال لعبد الله بن بدر حين وجد الثمانين دينارًا عرفها سنة، لم يتعقبه استباحة اللقطة، ولذلك قال لثابت فى البعير: رده حيث وجدته. وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة: شأنك بها.

وقد روى ابن مزين عن عيسى أنه إنما أمره بتخليتها حيث وجدها؛ لأنه أخطأ أولا فى أخذها؛ لأن الحديث قد جاء بالنهى عن ذلك، ويحتمل عندى ما تقدم أنه نهى عن أخذها لمن أراد تملكها الآن كضالة الغنم، ولمن أراد التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة.

ولذلك لم ينكر رضى الله عنه على ثابت أخذ البعير الذى وجده بالحرة، وأمره بتعريفه، ثم أمره برده إلى موضعه الذى وجده فيه، فإنما منعه من تملكه أولاً من التصرف فيه بعد التعريف، وهذا يقتضى أنه حمل حديث النبى ﷺ فى ضالة الإبل على ذلك، والله أعلم وأحكم، وتضمن حديث عمر جواز رد الإبل إلى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة.

والفرق بينهما من جهة المعنى أن الإبل الضالة إذا ردت إلى مكانها لم يخف عليها ضياع؛ لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال ﷺ، حتى يلقاها ربها، ولقطة الدنانير والدراهم إذا ردت إلى مكانها لم يشك فى ضياعها، فكان الملتقط الذى عرفها أولى بها.

فرع: وهل يرسلها ببينة، قال مالك فى العتبية: ليس له أن يشهد على إرسالها. قال ابن نافع: وأحب إلىّ أن يشهد على ذلك.

ووجه ذلك أنها على الأمانة والإبل مما لا يغاب عليها، وإنما حفظها لصاحبها، فكان مصدقًا فى إرسالها مع أنه يشق الإشهاد على ذلك؛ لأنه إذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد فى الفيافى والقفار البعيدة تعذر الإشهاد على ذلك.

١٤٣٠ – مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ وَهُوَ مُسْنِدٌ ظَهْرَهُ إِلَى الْكَعْبَةِ: مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً، فَهُوَ ضَالٌّ.

١٤٣٠ – أخرجه أبو داود مرفوعا فى اللقطة برقم ١٧٢٩، وابن ماجة فى اللقطة برقم ٢٥٠٣، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٨.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**من أخذ ضالة، فهو ضال**» قال فى كتاب ابن مزين من رواية أشهب عن مالك ما معناه مخطئ، وهذا على ما قال؛ لأن النبى ﷺ قال لمن سأله عن أخذها: «ما لك، ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»(*) فمن خالف ذلك فقد أخطأ وضل فى فعله ذلك، إلا أنه خطأ ليس فيه تعد على صاحبها إذا لم يبعدها عن موضعها، وإنما عقلها فى ذلك الموضع، وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها، ولذلك لم يلزم ضمان الضالة إذا ردها إلى مكانها.

وأما إن تلفت بيده فى وقت حفظها؟ فالظاهر من قول مالك أنه لا يضمنها لأنه ليس فى أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف إضرار بصاحبها. وقد قال مالك أنه إن أنفق عليها الآخذ المعرف لها، ثم جاء صاحبها، لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدى ما أنفق عليها الآخذ لها، أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره.

والظاهر عندى أنه ليس بمتعد فى أخذها ليحفظها لصاحبها، ويرفع أمرها إلى الإمام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك، ولو كان متعديًا فى ذلك لضمنها، وإن تلفت بغير فعله، ولانكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها:

وقد قال مالك: من وجد بعيرًا، فليأت به الإمام، فأمره بأخذه ونقله إلى الإمام، ويحتمل عندى أن يكون معنى قول عمر: «**من أخذ ضالة، فهو ضال**» فيمن أخذها متملكًا لها ومسرعًا إلى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أو فيمن أخذها ليعرفها مدة، فإن جاء صاحبها وإلا تصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره، فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال، وبأنه متعد ويضمن ما تلف فيها بما شاء من الأكل وغيره، فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال، وبأنه متعد ويضمن ما تلف بيده، والله أعلم وأحكم.

١٤٣١ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: كَانَتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ فِى زَمَانِ عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ إِبِلا مُؤَبَّلَةً تَنَاتَجُ لا يَمَسُّهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا، أُعْطِيَ ثَمَنَهَا.

الشرح: قوله: «**كانت ضوال الإبل فى زمان عمر إبلاً مؤبلة**» يعنى أنها كانت لا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذى حديث رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

١٤٣١ - أخرجه الطحاوى فى معرفة السنن والآثار ١٢٤٤٣/٩، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٩.

يأخذها أحد، وإن أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهي أو ممن بلغه النهي وتأوله على حسب ما قدمناه، فكان الأكثر لا يؤخذ، فتبقى مؤبلة تتناتج لا يمسها أحد.

«فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها، ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها إذا جاء»، وذلك والله أعلم لما كثر في الناس من لم يصحب النبي ﷺ من كان لا يعف عن أخذها إذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم أنها ضالة، فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الإمام فيبيعها، ويبقى التعريف فيها، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها.

وحمل حديث النبي ﷺ في المنع من أخذها على وقت إمساك الناس عن أخذها، ويحتمل أيضًا أنه كان يبيعها إذا يئس من مجيء صاحبها بأن تطول المدد على ذلك وتتناتج، ويخاف عليها الموت، فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها؛ لأنه كان ينقلها إلى الأثمان التي لا يخاف عليها.

وقد روى عن مالك أنه قال: كان عليّ بن أبي طالب قد بنى للضوال مربدًا يعلفها فيه علفًا ولا يسمنها، ولا يهزلها من بيت المال، فمن أقام بينة على شيء منها أخذه، وإلا بقيت على حالها لا يبيعها.

واستحسن ذلك ابن المسيب، وهذا أيضًا يحتمل أن يكون فيما قرب عهده منها، ورجا قرب أوبة صاحبها.

ويحتمل أيضًا أن يكون على رضي الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة، ولذلك كان يكلف من طلبها البينة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض، ولعل البينة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البينة، إن أراد أن يأخذها من وقته دون تثبت ولا استيناء.

فصل: وقوله: **«كان ينفق عليها من بيت المال»** ولم يذكر أنه كان يرجع على من اعترفه بما أنفق عليه من بيت المال، فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم؛ لأن بيت المال لمصالح المسلمين، وكان هذا أيضًا من مصالحهم لاسيما لما دعته الضرورة إلى أخذها وعلفها، ولم يكن له أن يتركها ترد وتأكل الشجر كما قال ﷺ.

ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به، وقد قال مالك في الآبق، يتوقف به سنة: ينفق عليه الإمام من بيت المال، فإن جاء صاحبه، فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي، وإن لم يأت صاحبه بعد السنة باعه، وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه، وجعل ما بقي في بيت المال.

ووجه ذلك أنه لابد له من نفقة؛ لأنه لا يستغنى بورق الشجر كما تفعله الإبل، فإن أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه، فلزم التوقف به حولاً ثم يبيعه بعد ذلك.

وفى النوادر، قال ابن كنانة: لا ينبغى لأحد أن ينفق على الدلالة الضالة، ولا يأخذها ولا يعرض لها لأن النفقة عليها سبب إلى إخراجها من يد صاحبها، وربما جاوزت النفقة ثمنها، وهذا بخلاف العبد الآبق؛ لأن العبد الآبق يستخفى عن سيده، ويقصد التغيب عنه بخلاف الإبل والدواب، فإنها لا تقصد ذلك.

وقد قال مالك فى المدونة: فى الآبق يباع السنة، وليس بمنزلة ضالة الإبل لأنه يأبق ثانية، والله أعلم وأحكم.

* * *

صَدَقَةِ الْحَيِّ عَنِ الْمَيِّتِ

١٤٣٢ - مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرِو[(١)] بْنِ شُرَحْبِيلَ بْنِ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ، فَحَضَرَتْ أُمَّهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ، فَقِيلَ لَهَا: أَوْصِي: فَقَالَتْ: فِيمَ أُوصِي، إِنَّمَا الْمَالُ مَالُ سَعْدٍ، فَتُوُفِّيَتْ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ سَعْدٌ، فَلَمَّا قَدِمَ سَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ، ذُكِرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ» فَقَالَ سَعْدٌ: حَائِطُ كَذَا وَكَذَا صَدَقَةٌ عَنْهَا لِحَائِطٍ سَمَّاهُ.

الشرح: قول سعد: **«هل ينفعها يا رسول الله أن أتصدق عنها؟»** يقتضى والله أعلم منفعة الأجر فى الآخرة من زيادة الحسنات، وتكفير السيئات، فقال ﷺ: **«نعم»** بمعنى أن ذلك ينفعها، وهذه الصدقة، وإن لم يقترن بها نية منها، فقد قضى ﷺ أن ذلك

١٤٣٢ - أخرجه النسائى فى الوصايا ٣٦٤٨. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٩٥١، ٢٣٣٣٤.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨٠/٨: هكذا قال يحيى: سعيد بن عمرو، وعلى ذلك أكثر الرواة منهم: ابن القاسم، وابن وهب، وابن كثير، وأبو المصعب، وقال فيه القعنبى: سعد بن عمرو. وكذلك قال ابن البرقى: سعد بن عمرو بن شرحبيل - كما قال القعنبى - والصواب فيه: سعيد بن عمرو، والله أعلم. وعلى ذلك أكثر الرواة. وهذا الحديث مسند؛ لأن سعيد بن سعد بن عبادة له صحبة، قد روى عنه أبو أمامة بن سهل بن حنيف وغيره، وشرحبيل ابنه غير نكير أن يلقى جده سعد بن عبادة على أن حديث سعد بن عبادة هذا فى قصة أمه قد روى مسندا من وجوه، ومقطوعا أيضا بألفاظ مختلفة.

ينفعها، وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحى على الميت جائزة مشروعة، مندوب إليها، ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث.

ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق، ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت، وقد يكون من الأجر ما يثبت للإنسان بعد موته فى حياته من غير نية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه، وأجر من يأخذ ماله، وإن لم يعلم هو بشىء من ذلك.

وقد روى مسروق عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعض أجر بعض شيئًا»(*).

١٤٣٣ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَجُلا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمِّي افْتُلِتَتْ نَفْسُهَا، وَأُرَاهَا لَوْ تَكَلَّمَتْ تَصَدَّقَتْ، أَفَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

الشرح: قوله: **«إن أمى افتلتت نفسها»** معناه والله أعلم، ماتت فجأة وأنشدوا فى ذلك:

وكانت منيته افتلاتا

وتقول العرب: رأيت الهلال فلتة، إذا رأيته من قصد إليه، ومنه قول عمر بن الخطاب: كانت بيعة أبى بكر فلتة، وقى الله شرها، يريد أنها كانت بغتة من غير روية.

وقوله: **«وأراها لو تكلمت»** يريد أنه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها إلى الخير ورغبتها فيه أنها لو أمهلت، وقدرت على الكلام مع الإشراف على الموت

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٠٢٤. الترمذى حديث رقم ٦٧٢. أبو داود حديث رقم ١٦٨٥. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٩٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٥١.

١٤٣٣ - أخرجه البخارى فى الوصايا ٢٧٦٠. ومسلم فى الوصية ١٠٠٤. والنسائى فى الوصايا ٣٦٤٧. وأبو داود فى الوصايا ٢٨٨١. وابن ماجه فى الوصايا ٢٧١٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٧٣٠.

على ما يفعله أكثر الناس فى مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن الموت لشدة المرض لتصدقت.

ويحتمل أنه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه، وأظهرت إليه العزيمة عليه، فاستأذن النبى ﷺ فى أن يتصدق عنها، فأذن له فى ذلك، فثبت أن صدقته عنها مما يتقرب به.

ويحتمل أن يكون قد عرف أنه حضرها، ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك إلى أن توفيت، وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك، فسأل النبى ﷺ إن كان ينفعها الإطعام عنها، فأذن له فى ذلك، ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها، ولم توص بها.

وفى الموازية: من علم من أبويه تفريطًا فى الفرائض، قال مالك: يطعم عنهما فى الصوم مكان كل يوم مدا إن شاء، وليود الزكاة عنهما، وأما الصلاة، فلا شىء فى ذلك.

١٤٣٤ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا مِنَ الأَنْصَارِ مِنْ بَنِى الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْهِ بِصَدَقَةٍ، فَهَلَكَا، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ، وَهُوَ نَخْلٌ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ أُجِرْتَ فِى صَدَقَتِكَ، وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ».

الشرح: قوله ﷺ: **«قد أجرت فى صدقتك، وخذها بميراثك»** يقتضى أن أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به إليه بالميراث لأن رجوعها إلى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره، بل بموت المتصدق عليه، وهى فى ملكه تدخل فى ملك المتصدق إذا كان يحيط بميراثه، وبهذا فارقت سواها، فإنها إنما تدخل فى ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك إليه.

وعلى تجويز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر، فكرهت أخذها بالميراث، ورأوه من باب الرجوع فى الصدقة، وهذا سهو منهم، فإن ملكها بالميراث ليس موقوفًا على اختياره، فيقال له فيه يجوز أو لا يجوز، ويجبر على أخذها بما يلزمه فيها من الإنفاق عليها والكسوة لها والإسكان فيها، فهى بالشرع ثابتة فى ملكه، وإنما يلزم أن يوجبوا عليه إخراجها عن ملكه، وهذا باطل باتفاق الفقهاء، والله أعلم وأحكم.

* * *

١٤٣٤ – ذكره ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤/٤٠٦.

الأمْر بالْوَصِيَّةِ

١٤٣٥ – مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُـولَ اللَّـهِ ﷺ قَـالَ: «مَـا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ».

الشرح: قوله ﷺ: **«ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»** يحتمل أن يكون معناه أنه ليس حقه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة، وإنما من حقه تقديم وصيته والتحرز والاستظهار بتقديمها وتحصين ماله عليه بها.

فأما من لم يكن عليه دين، فإنه يستحب له ذلك بمعنى تبرئه عنها، والوصية بشيء من ماله في وجوه من ينتفع به فيما تقدم عليه. وأما من كانت عليه ديون، فقد قال كثير من مشايخنا: إن ذلك واجب عليه.

قال في النوادر: وأما من عليه تباعة أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك بما يوصى فيه، فواجب عليه أن يوصى بذلك، وإنما يرخص في ترك التطوع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندي أن ذلك على قسمين، فأما الديون التي جرت العادة أن تنعقد بها العقود وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الأمانات من الودائع والوصايا تكون بيده من مال أيتام أو غير ذلك، فإنه يجب عليه ذلك.

١٤٣٥ – أخرجه البخاري في الوصايا ٢٧٣٨. ومسلم في الوصية ١٦٢٧. والترمذي في الجنائز ٩٧٤، الوصايا ٢١١٨. والنسائي في الوصايا ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥، ٣٦١٦. وأبو داود في الوصايا ٢٨٦٢. وابن ماجه في الوصايا ٢٦٩٩. وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٦٤، ٥٠٩٧، ٥١٧٥، ٥٤٨٧. والدارمي في الوصايا ٣١٧٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨٤/٨: لا خلاف عن مالك في لفظ هذا الحديث، ولا في إسناده، وكذلك رواه أيوب وعبيدالله بن عمر، وهشام بن الغازي، وغيرهم، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ مثله سواء، لم يختلفوا في إسناده. وكذلك، رواه الزهري، عن سالم، عن ابن عمر «مثله، عن النبي ﷺ إلا أن في حديث الزهري: يبيت ثلاثا إلا وصيته مكتوبة، عنده». قال ابن عمر: فما بت ليلة مذ سمعتها إلا ووصيتي، عندي، وقال فيه ابن عيينة، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: «ما حق امرئ يؤمن بالوصية». وفسره فقال: يؤمن بأنها حق. وقال فيه سليمان بن موسى، عن نافع، إنه يحدثه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: لا ينبغي لأحد عنده مال يوصى فيه أن يأتي عليه ليلتان إلا وعنده وصيته.

وأما ما يكون من يسير الديون التى تتكرر، وتؤدى فى كل يوم، وتزيد وتنقص وتتجدد، فإن ذلك يشق فيها؛ لأنه كان يقتضى أن يجدد وصيته فى كل يوم ومع الساعات، وإنما معنى ذلك عندى فى الأموال التى تبقى، وهذا عندى قوله ﷺ: «**له شىء يوصى فيه**» إن حملناه على الوجوب، فإن لفظ الحق أظهر فى الوجوب وإن كان يحتمل الندب إذا قال: إنه حق عليه، وإذا أضاف الحق إليه، وجعله له، فهذا أظهر فى الندب.

فإن حملناه على الوجوب، فالمراد به ما قدمنله من الحقوق التى تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها، وقد يكون معناه له شىء يوصى فيه ما يؤدى منه تلك الحقوق.

وإذا حملناه على الندب، فيحتمل أن يريد به الوصية بشىء من ماله فى وجوه القرب، ويكون معنى قوله: له شىء يوصى فيه، المال الواسع الذى يحتمل الوصية بالثلث أو أقل، قال الله تعالى: ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين**﴾ [البقرة: ١٨٠]، قال أهل التفسير: الخير المال. قال قتادة: الخير ألف دينار فما فوق. وقد روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه نحوه.

وروى عنه أنه قال لابن عمر حين قال له: أراد أن يوصى، وله ما بين السبعمائة إلى التسعمائة: لا توص، فإنك لم تترك خيرًا فتوصى.

وفى الجملة أن الوصية لمن لا دين عليه، ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة، وإن كانت مندوبًا إليها مع اليسار، وعلى هذا جماعة الفقهاء، ولا خلاف أن الصدقة التى ينفذها فى حياته أفضل.

والأصل فى ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبى هريرة قال: قال رجل للنبى ﷺ: «أى الصدقة أفضل؟ قال: أن تتصدق، وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان»(*).

وأما غير الموسر، فقد حكى ابن حبيب أن عليا رضى الله عنه قال لعليل ذكر الوصية له: لا توص، إنما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**إن ترك خيرًا**﴾، وأنت لا تترك إلا اليسير دع مالك لبنيك، وكان ماله من السبعمائة إلى التسعمائة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٨. مسلم حديث رقم ١٠٣٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦١١. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١١٩.

وقيل لعائشة رضى الله عنها: أيوصى من ترك أربعمائة، وله عدة من الولد بنون؟ فقالت: ما فى هذا فضل عن ولده.

والأصل فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال لسعد بن أبى وقاص: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(*).

فصل: وقوله: «**إلا ووصيته عنده مكتوبة**» الوصية تتضمن موصيًا، وموصى له، وموصى به، ونحن نفرد لكل نوع من ذلك بابًا نبين فيه حكمه إن شاء الله تعالى.

الباب الأول: فى الموصى

فأما الموصى، فمن شرطه: أن يكون عاقلاً يريد والله أعلم، قد أثبت فيها بالكتاب والإشهاد عليه ما يريد أن يوصى به من حق عليه أو وجه بر يوصى فيه بشىء. وفى المجموعة والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية، وما زال من شأن الناس بالمدينة، وإنه ليعجبنى وأراه حسنًا.

قال أشهب فى المجموعة: كل ذلك لا بأس به، تشهد أو لم يتشهد، وقد تشهد ناس فقهاء صالحون، وترك ذلك بعض الناس، وهو قليل.

وفى المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد.

وروى ابن عون فى وصية محمد بن سيرين، قال: هذا ما أوصى به محمد بن أبى عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين أوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: **﴿يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾** [البقرة: ١٣٢]، وأن لا ترغبوا أن تكونوا إخوانًا للأنصار ومواليهم، فإن العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب.

ثم أوصى فيما ترك إن حدث به حادث الموت قبل أن يعين وصيته، ثم ذكر حاجته. قال ابن عون: فذكر لنا نافع مولى ابن عمه، فقال: كانت أم المؤمنين توصى بهذا.

وحدث عن أنس بن مالك: كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

مؤمنين، وأوصى بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: **﴿يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾**، وأوصى أنه إن مات من مرضه هذا.

قال أشهب عن مالك فى المجموعة : قيل له إن رجلاً كتب فى ذلك أومن بالقدر خيره وشره حلوه ومره، قال: ما أرى هذا إلا وكتب الظفرية والأباظية قد كتب من مضى وصاياهم، فلم يكتبوا مثل هذا.

مسألة: فمن كتب وصيته بخطه، فوجدت فى تركته، وعرف أنه خطه بشهادة عدلين، فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها، وقد يكتب ولا يعزم. ورواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة والعتبية.

قال ابن المواز عن أشهب: ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة، فليس بشيء حتى يقول: إنها وصيتى، وإن ما فيها حق، وإن لم يقرأها وكذلك لو قرأوها، وقالوا: نشهد أنها وصيتك، وأن ما فيها حق، وإن لم يقرأوها، وكذلك لو قرأوها، وقالوا: نشهد، فقال: نعم، أو قال برأسه نعم، ولم يتكلم، فذلك جائز. قال ابن المواز عن مالك: وإن لم يقرأها عليهم، فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها.

ووجه ذلك أنه إذا كانت الوصية منشورة يرون أن جميعها مكتوبة ثم نظروا إلى تقييد الشهادة فى أثرها فليشهدوا، وليس عليهم قراءة الوصية، فقد يريد التستر عنهم بما فيها، وقد يطول عقد الوصية، فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك لأنه إنما يشهد على الموصى بما أشهده.

فإن كان مما يجوز إنفاذه أنفذ، وإن كان مما لا يجوز إنفاذه رد، فلا شيء فى ذلك على الشاهد، وكذلك سائر العقود والسجلات إلا أن يكون من الاستدعاءات التى تتقيد على علم الشهود، فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لأنه يخبر عن جميعه أنه فى علمه، وعلى ذلك يكتب شهادته، فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه فى علمه، ومما يصح له أن يشهد به.

مسألة: ومن كتب وصيته وختم عليها، وقال للشهود: أشهدوا على ما فيها، فكتبوا شهادتهم ثم مات، ففى العتبية والموازية من رواية أشهب عن مالك: إن لم يشك الشاهد فى الطابع، فليشهد، وإن شك فلا يشهد، إذا لم يكن الكتاب عنده حتى يتيقن أنه خاتمه بعينه، ولم يفض وأجودهم عندى شهادة الذى الوصية فى يديه، والآخرون يشهدون بمبلغ علمهم، ويحملون ما تحملوا. وقال أيضًا: وأما الآخرون، فلا أدرى كيف يشهدون، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك.

ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول إنه وصيته، ويدعو الشهود إلى أن يشهدوا عليه بما فيها، فإنهم إن يختموا عليها بخواتيمهم، فلم يجز لهم أن يشهدوا مخافة أن يكون لم يكتب فيها شيئًا ثم يكتب ما شاء بعد إشهاده لهم، ويزيد إن شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الإشهاد، وإنما أحدثه بعد ذلك.

وأما إذا رأوا أنها مكتوبة، فإنها تجوز لهم الشهادة عليه بما فيه، لأنهم لا يسلمون مما قدمناه، ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له أن يشهد.

وأما غيره من الشهود، فقال مالك: لا أدرى كيف يشهدون، وأما إذا ختم كل واحد منهم عليها بخاتمه، وعرف ختمه عند أداء الشهادة، فإن ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن وقيد فيها الموصى ما شاء من الأباطيل؛ لأنه لا مضرة على الشاهد فى ذلك.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُوصِيَ إِذَا أَوْصَى فِى صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ بِوَصِيَّةٍ فِيهَا عَتَاقَةُ رَقِيقٍ مِنْ رَقِيقِهِ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا بَدَا لَهُ وَيَصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ حَتَّى يَمُوتَ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَطْرَحَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ وَيُبْدِلَهَا فَعَلَ إِلا أَنْ يُدَبِّرَ مَمْلُوكًا، فَإِنْ دَبَّرَ، فَلا سَبِيلَ إِلَى تَغْيِيرِ مَا دَبَّرَ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»(١).

قال مالك: فَلَوْ كَانَ الْمُوصِي لا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ وَلا مَا ذُكِرَ فِيهَا مِنَ الْعَتَاقَةِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ قَدْ حَبَسَ مَالَهُ الَّذِى أَوْصَى فِيهِ مِنَ الْعَتَاقَةِ وَغَيْرِهَا وَقَدْ يُوصِي الرَّجُلُ فِي صِحَّتِهِ وَعِنْدَ سَفَرِهِ.

قال مالك: فَالأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ أَنَّهُ يُغَيِّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ غَيْرَ التَّدْبِيرِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الموصى فى صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر، فإنه غير لازم له؛ لأن عقد الوصية عقد

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣/٣٣٢٩٢.

جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويبطل منه ما شاء، من غير عوض أو يعوض منه غيره فى صحته أو مرض ما لم يمت.

فإذا مات، فقد لزمت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئًا من ذلك لا يبطله ولا يبدله بغيره.

فأما التدبير، فإنه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل، وسيأتى ذكره فى كتاب التدبير إن شاء الله تعالى.

والفرق بين التدبير والوصية ما ذكرناه من أن عقد الوصية عقد جائز، وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لا خلاف فى الرجوع عن الوصية بالقول والفعل، ولا خلاف بيننا وبين من أجاز الرجوع عن التدبير أنه ليس له ذلك بالقول، فكذلك ليس له ذلك بالفعل، وإذا فرق هو بين الوصية والتدبير فى الرجوع عنهما بالقول، جاز أن يفرق بينهما فى الرجوع بينهما بالفعل.

فصل: وقوله: «**وذلك أن رسول الله ﷺ قال: ما حق امرئ مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة**» فتأول فى ذلك أن عقد الوصية واجب أو مندوب إليه، وأنه على الفور، ثم قال: «**فلو كان الموصى لا يقدر على تغيير وصيته، كان كل موص حبس ماله**» يعنى أن الوصية كانت تكون مانعة له من تصرفه فى ماله، فمتى أوصى بعتقه لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه، وإذا أوصى بثلث ماله لم يكن له بعد ذلك الإنفاق منه لاسيما على وجه الاستيعاب له، وفى هذا إضرار بالناس ومنع من الوصية.

فصل: وقوله: «**وقد يوصى الرجل فى صحته وعند سفره**» يريد أن من أراد السفر قد يوصى مع كونه صحيحًا، وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك.

والوصية تكون على ضربين: مقيدة ومطلقة، فإن كانت مقيدة مثل أن يقول: إن مت فى سفرى هذا أو مت فى مرضى هذا فينفذ عنى وصية كذا وكذا، ويذكر ما شاء من عتق أو صدقة، فهذا عند مالك وصية، وله أن يغيرها، فإن لم يغيرها حتى مات فى مرضه أو سفره، فهى فى ثلثه، قاله فى المدونة.

ووجه ذلك أنها وصية متضمنة قربة شرط فيها شرطًا لا ينافى الشرع، فكانت على ما شرط كما لو شرط فيها التغيير.

مسألة: فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره، فإنه لا يخلو أن تكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها، فإن كان كتبها، فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يد رجل أو أقره عنده، فإن كانت الوصية على يد غيره، فهذه الوصية تنفذ فى ثلثه، قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره، ولم أر فى ذلك خلافًا بين أصحابنا.

ووجه ذلك أنه إذا أثبت ذلك فى كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البرء أو القدوم على حالته لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك، فإنه وجه من استدامة الوصية.

مسألة: وإن قدم من سفره أو برئ من مرضه، فأخذ الكتاب من عند من كان ثم مات، فوجد الكتاب عند الموصى، ففى الموازية والعتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: أن الوصية باطل.

ووجه ذلك أن استرجاعه للكتاب من عند من وضعه على يده تغيير لحاله التى كان عليها على وجه الإجازة. ووجه ذلك أن من استدامته كتمزيقه.

مسألة: وإن كان إنما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك، فلا يخلو أن يموت فى مرض أو سفر أو فى غير مرض ولا سفر.

فإن مات فى مرض آخر أو سفر آخر، فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب: أن وصيته نافذة. وفى المجموعة عن سحنون: أن رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن أنها إن كانت عنده فهى باطل، وإن كانت عند غيره جازت، وقاله ابن عبدالحكم. وسواء مات فى مرض أو سفر أو فى غير مرض ولا سفر.

وجه الرواية الأولى أنه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه، فلم يبطل ببرئه من مرضه، ولا بقدومه من سفره. أصل ذلك إذا وضعها على يد غيره فأقرها.

ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والإياب، فوجب أن تبطل وصيته. أصل ذلك إذا وضعها بيد غيره وقبضها منه.

مسألة: فإن مات فى غير مرض ولا سفر، ففى كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك: أن الوصية باطل، ولو مات فى مرض آخر أو سفر آخر لصحت وصيته. وقال أشهب فى المجموعة: إن الاستحسان غير القياس، إن مات فى غير سفر ولا

مرض أن تجوز وصيته إذا علم أنه ليس قصد الناس فى ذكر المرض والسفر تخصيص ذلك، ألا ترى أنه لو كتب إن مت فى سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة.

مسألة: وإن كانت وصيته هذه أشهد عليها، ولم يقيدها فى كتاب، ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه، ففى العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك: أن الوصية تبطل.

ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون فى استدامته استدامة لها، والإشهاد إنما اختص بوقت معين، فلم ينفذه إلى غيره.

مسألة: ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت، فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، فإنها نافذة متى مات قبل أن يغيرها.

ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت، فاقتضت التنفيذ على كل حال، وفى وقت؛ لأن من قال: إذا مت، فأعتقوا عبدى، اقتضى ذلك الأمر متى مات وعلى أى حال مات، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«أن له أن يغير من ذلك ما شاء»** فيه بابان، الباب الأول: فى صفة الوصية التى يلحقها التغيير. والباب الثانى: فى صفة التغيير.

* * *

الباب الأول: فى الوصية التى يلحقها التغيير

قال مالك فى المجموعة: الأمر المجتمع عليه عندنا أن للرجل أن يغير وصيته، ويرجع عنها أوصى فى صحة أو مرض أو عند سفر بعتق أو غيره. قال فى كتاب ابن المواز: يرجع فى مرضه وبعد صحته إلا فيما بتل، يريد فيما بتل عتقه من عتق مؤجل أو معجل أو تدبير.

ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه، والعتق عقد لازم معجلاً كان أو مؤجلاً، وكذلك التدبير. قال ابن القاسم فى المجموعة: إن قال: إن مت، فعبدى حر، أو قال: بعد موتى بشهر، إن مت فأعتقوه، فذلك سواء. قال الشيخ أبو محمد: يريد وهى وصية. قال ابن القاسم فى المجموعة: ولو أنه قال إنه مدبر إن لم أحدث فيه حدثًا، فهى وصية، ولو قال: عبدى مدبر، يريد بعد موتى، فهو كالوصية وتفكر فيها

سحنون ولم يقل شيئًا. وروى ابن وهب عن المخزومى فى الموازية: يحمل على تدبير الميت، قيل له إنه عالم فتوقف.

وجه القول الأول أنه أثبت التدبير بعد الموت ولو قال: حر بعد موتى لكان له الرجوع، فبأن يكون له الرجوع فى التدبير أولى.

ووجه القول الثانى أن التدبير عقد لازم، وإنما يقتضى العتق بعد الموت، وإنما ظاهر لفظه أنه يعتق بعد موته بتدبيره الآن كأنه قال: إذا مت عتق المدبر، فلما قيل له إنه بمعانى الألفاظ، وبما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف فى ذلك.

مسألة: ومن قال: إن مت من مرضى، فعبدى مدبر، فلا يرجع فيه، قاله ابن القاسم فى المجموعة. وقال أصبغ: يترك على التدبير.

ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموته لا يؤثر فى التدبير؛ لأن عتق التدبير متعلق بالموت، ولكنه على وجه لازم لا رجوع للمدبر فيه، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن قال فلان حر يوم أموت، فقد قال مالك فى المجموعة: إن أراد التدبير فهو مدبر، وإلا فهى وصية. وروى عنه ابن وهب: أن كل عتق بعد الموت، فهو وصية حتى ينص على التدبير، فيقول عن دبر منى. وقال أشهب: إن قال ذلك فى غير إحداث وصية، فهو تدبير.

مسألة: وإذا عتق المريض أو الحامل أو تصدق، ولم يقل إن مت، وقال الشهود: ظننا أنه أراد البتل. قال على عن مالك: ينظر فى ذلك بما بستدل به على قصده. وقال عنه ابن وهب: بعض ذلك يدل على بعض ما قالا عنه، فإن رأى أنه أراد الوصية، فهى وصية يرجع فيها، وإلا فلا رجوع له وتنفذ. وقال عنه على فى مريض قيل له: أوص، فقال: فلان حر ثم صح، فقال: أردت بعد موتى، فذلك له.

ووجه قول مالك أن لفظ إيقاع العتق والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت إلا بأمر يعرف به، فإن تبين ذلك من لفظ العقد وما قبله وبعده قلد من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه له، وإن عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ، ومقتضاه البتل.

وكذلك روى ابن وهب عن المخزومى فيمن قال فى وصيته: لفلان عشرة دنانير صدقة، وعبدى فلان حر، وفلان مدبر، ثم رجع بعد أن صح، وقال: لم أقل، فذلك له إلا فى التدبير؛ لأن العتق يمكن أن يكون بعد الموت، وإنما كان ذلك لأنه قصد إلى عقد

وصيته، فكان لفظها محمولاً على معناها إلا ما يختص بـاللزوم مـن التدبير، والله أعلـم وأحكم.

ووإن عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل. وأما إذا قيـل أوص فقـال: فلان حر، ثم قال: أردت الوصية، فإن قوله لما كان جوابًا لمـا عـرض عليـه مـن الوصيـة فكان الظاهر حمله عليها، وهذا لمن حمل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر.

* * *

الباب الثاني: فى صفة تغيير الوصية

وذلك على ثلاثة أضرب، أحدهـا: الزيـادة فيهـا: والثـانى: النقـص منهـا. والثـالث: إبطالها جملة.

فأما الزيادة فيها، فإنها على قسمين، أحدهما: أن يزيد فـى وصيتـه لغـير الموصـى لـه أولا. والثانى: أن يزيد فى وصيته للموصى له أولا.

فأما القسم الأول، فإنه لا تنافى بين الزيادة والمزيد عليها، سواء كانا مـن جنسـين أو من جنس واحد، فتنفذ الوصية إلا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث.

وقد روى ابن وهب وابن القاسم وعليّ عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليهـا، ثم أوصى بأخرى عنـد المـوت، ولـم يذكـر الأولى، فإنهمـا جائزتـان. ووجـه ذلـك مـا قدمناه.

مسألة: وأما القسم الثانى، وهو أن تكـون الزيـادة لـلأول، فـلا يخلـو أن تكـون مـن جنس الوصية الأولى أو من غير جنسـها، فـإن كـانت مـن جنسـها فـلا يخلـو أن تكـون الثانية مثل الأولى أو أقل أو أكثر، ففى المجموعة وغيرها من رواية ابن القاسـم وأشـهب وعبدالملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عـددًا. أو أكثر، فإن له أكثر الوصيتين.

وروى عليّ بن زياد عنه فى المجموعة: إن أوصى له بعشرة، ثم أوصـى لـه بخمسـة، فله خمسة عشر، ولو أوصى له أولا بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكـن لـه غـير عشـر، وقاله مطرف، وإن كانت الوصيتان فى عقدين.

وجه القول الأول أن هاتين وصيتان من جنس واحـد، فكـان لـه أكثرهمـا كمـا لـو كانت الأولى أقل.

ووجه القول الثانى أنه إذا بدأ بالأقل، ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر أنه أراد الزيادة فى وصيته، وقد أعمل الوصيتين، وإذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك، فالظاهر جمعه لأنه بمعنى الزيادة، وفيه إعمال الوصيتين، ولو أعطاه أولاهما لأنها أكثر لكنا قد ألغينا الأخيرة وهى أحق بالإثبات، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا له أكثر العددين، فقد قال ابن الماجشون: إن كانت الوصيتان فى كتابين، فليس له إلا أكثرهما، وإن كانت فى كتاب واحد، فإن سمى له أولا عددًا ثم سمى له أكثر منه، فله الأكثر، وإن سمى له فى الثانى أقل من الأول، فله العددان. قال لأنه إذا بدأ فى كتاب واحد بخمسة، ثم ثنى بعشرة، جاز أن يقال عشرة منها الأولى، ولو قال: أولا عشرة، لم يجز أن يقول بعدها خمسة منها العشرة الأولى.

وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين، وجعل له الأكثر، بدأ بالأقل أو الأكثر، وقد تقدم توجيهه. ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك.

مسالة: وعلى حسب ما تقدم تجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال وتزون، أو لا تكال ولا توزن، والحيوان والدور والثياب وغير ذلك، ما لم يكن فى شىء معين، قاله أشهب فى المجموعة وابن القاسم عن مالك.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك فى المكيل والموزون، وأما العروض، فله الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى، كانا فى كتاب أو كتابين.

وجه القول الأول أنهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون.

ووجه القول الثانى أن التماثل فى العروض معدوم، ولذلك يقضى فيها بالقيمة، فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذلك الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدنانير والدراهم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنهما متماثلان لأنهما صنف واحد.

وحكى عن ابن القاسم أنهما غير متماثلين، وقاله أصبغ. وقال محمد بن المواز: وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك من الفضة.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من أنهما صنف واحد، يريد فى الزكاة.

ووجه قول ابن القاسم أنهما غير متماثلين في الصورة والقيمة، وهما جنسان، ولذلك جاز فيهما التفاضل، ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما.

فرع: إذا قلنا إن الدنانير والدراهم متماثلان، فأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنه يعتبر الأقل والأكثر بالصرف.

مسألة: ولو أوصى بعددين متساويين في الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة دنانير، ثم يوصى له بعشرة دنانير، فإن له العددين جميعًا، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، وعلى هذا مذهب مالك وأصحابه.

وحكى القاضي أبو محمد في معونته: أن الوصيتين إذا كانتا متماثلتين في الجنس والقدر، فإن له إحداهما لجواز أن تكون الثانية تكرارًا أو تأكيدًا، وهو ينحو إلى قول أشهب فيمن أوصى لرجل بثلثه ثم أوصى له بثلثه.

مسألة: وإن كان ما أوصى به معينًا كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه، فله الوصيتان؛ لأن التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الأولى، فوجب أن يجمعا له؛ لأن لكل وصية مقتضاها؛ فيلزم إنفاذها، لأنه لم يطرأ رجوع عنها، وكذلك لو أوصى له بشيئين مختلفين.

وإن لم تكن معينة كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم، فإن له الوصيتين جميعًا معينتين كانتا أو غير معينتين في كتاب واحد أو في كتابين، بدأ بالأقل أو الأكثر؛ لأن اختلاف الجنس والاسم يمنع أن يريد بالثانية الأولى، فلزم أن تحمل الوصيتان على أنه أراد أن يجمعهما له.

مسألة: ولو أوصى له بثلثي ماله ثم أوصى له بثلث يحاص بالأكثر؛ لأنهما متماثلان في اللفظ والجنس، فكان له أكثرهما، قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة، كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة، ولو أوصى له بثلث ثم أوصى بثلث آخر، فقد قال أشهب في المجموعة: يحاص بثلث واحد، والأثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها، وكان يجيء على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلثين، إلا أن يريد كونه ممنوعًا من الزيادة على الثلث يقتضي حمل الوصية الثانية على أنها هي الأولى، ولاتفاقهما في اللفظ والمعنى مع كونه ممنوعًا من الزيادة على لفظ الأول، كثر ماله أو قل، وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله، وإن كان الأول قد استغرق الثلث؛ لأنه قد يزيد المال، فيكون للعدد الباقي محل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى له بالثلث، ثم أوصى له بعبد أو بعدة دنانير، فقد قال أشهب في المجموعة: يحاص بالثلث وبعدد الدنانير أو العبد يريد قيمته، وقاله ابن القاسم.

قال سحنون: معناه عندى أن ماله عين كله. وفى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث، قال أصبغ: وفيها شىء ولها تفسير.

وجه القول الأول أن الوصية بالثلث وبعدد دنانير مختلفان، فوجب أن يجمعا للموصى له كالوصية بالدنانير والعبد.

ووجه القول الثانى أن مآلهما إلى جنس واحد متماثل فى النوع. وقول سحنون فى الذى يحاصص بالثلث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عينًا، ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدنانير، فعلى قول سحنون يحمل قوله على أنه تجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض، ويحمل قوله: يقضى له بأكثرهما، على أنه عين كله.

مسألة: وأما إن كان المال عرضًا كله، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: يعطى الوصيتين إذا أجاز الورثة، وإن لم يجيزوا معه وصايا ضرب بالثلث وبالعدد، وإن لم تكن الوصايا، فليس له الا الثلث.

وجه ذلك أن العددين من جنس الثلث لأن الثلث عرض، والعدد عين، فلذلك جمعا له فى المحاصة.

مسألة: فإن كان فى التركة ناض وعرض، فقد روى ابن المواز عن أشهب وأصبغ يضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين.

ووجهه أن ثلث العروض من غير جنس العين، فله ثلث العروض وثلث العين من جنس العدد، فكان له أكثرهما.

فصل: وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها، وأما حكمها بالنقص منها، فلا يخلو أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو يوصى ببعضها لغيره. فأما النص على النقص منها، فمثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول: ردوها إلى ثمانية أو اجعلوها ثمانية أو نسخت ما تقدم من الوصية بالعشرة أو أنا أوصى لـه الآن بثمانية فهذا لا خلاف فى المذهب فى أنه ليس له ما أقره آخرًا.

وأما تغيير الوصية بالفعل، فهو يتعلق بالأعيان دون غيرها، وذلك بأن يفعل فى العين الموصى بها ما لا يفعله إلا فى ماله، وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب، فإنه يراعى الأسماء، وسنبين ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: ومن أوصى لرجل بجزيرة ثم لتها بعسل أو سمن، فليس برجوع كما لو أوصى بعبد ثم علمه الكتاب، ورواه أصبغ عن ابن وهب فى العتبية.

ووجه ذلك أن هذه زيادة فيما كان أوصى له، والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها فى إبطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذى علقت عليه الوصية.

فرع: فإذا قلنا ليس برجوع عن الوصية، فقد قال أصبغ: يكون الورثة شركاء بقدر اللتات، وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار.

وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: الثوب يصبغه للموصى له. قال أشهب: وكذلك لو غسله أو كانت دار فجصصها أو زاد فيها بناء وأوصى بسويق ثم لته.

وجه قول أصبغ أنه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن، فكان باقيًا على ملك الموصى.

ووجه قول ابن القاسم وأشهب أنه لما كان الأصل موصى به ثم أضاف إليه ما لا يستقل بنفسه، بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك أنه أضافه إليه فى الوصية.

مسألة: ولو أوصى له بعبد ثم آجره أو رهنه، فليس ذلك برجوع ويفدى الرهن من رأس المال، قاله مالك وابن القاسم فى المجموعة.

ووجه ذلك أن الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقائه على ملكه.

مسألة: ولو أوصى له بعبد ثم باعه، فإن مات قبل أن يشتريه بطلت الوصية فيه، وإن اشتراه قبل أن يموت فهو للموصى له. قال أشهب: وكذلك لو أوصى له بعبد فى غير سلكه، ثم صار له بابتياع أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة.

ووجه ذلك أن المراعى فى الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى، فإن كان فى ملكه ذلك الوقت صحت الوصية، وإلا بطلت، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوبًا، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: هو رجوع عن الوصية. قال أشهب: لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى فيه، فتبطل الوصية.

مسألة: ولو أوصى له ببرد فقطعه قميصًا، ففى الموازية لابن القاسم: أنه رجوع عن الوصية. وقال أشهب: وكذلك لو أوصى له بقميص، فقطعه قباء وأجبة فردها قميصًا أو ببطانة، ثم بطن بها ثوبًا أو بظهارة، ثم ظهر بها ثوبًا أو بقطن ثم حشا به أو غزله أو بفضة، ثم صاغها خاتمًا أو بشاة، ثم ذبحها لبطلت الوصية بذلك كله؛ لأنه لا يقع الاسم الذى أوصى فيه.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: إذا قال: ثوبى لزيد ثم قطعه قميصًا أو لبسه فى مرضه، فليس برجوع، وهو للموصى له، قال: ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قميصًا أو سراويل كان رجوعًا لتغيير الاسم، فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذى علقت عليه الوصية.

فإذا عمل فيه عملاً أزال ذلك الاسم بطلت الوصية، وإذا لم يزل العمل الاسم، فالوصية باقية، والله أعلم. ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه؛ لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب، ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب إلا قبل القطع، بطلت الوصية بالقطع؛ لأنه يزيل عنه الاسم الذى علقت عليه الوصية.

مسألة: وإذا أوصى له بعرصة ثم بناها دارًا، فقد قال أشهب فى المجموعة: ذلك رجوع، ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة، فليس برجوع؛ لأنه أوصى له بعرصة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرصة، وهذا رجوع من أشهب فى تعلقه بالأسماء إلا أن يلتزم ذلك فى الزيادة دون النقص، فيكون اسم الدار واقعًا على البناء والعرصة ونائبًا عنها.

فإذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الصفة والاسم، وكان يلزمه على هذا القول إذا أوصى بعرصة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرصة؛ لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء.

وروى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: إذا أوصى له بعرصة، فبناها كانا شريكين بقيمة البناء من العرصة.

وجه قول أشهب أنه قد زاد فى العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم، فكان تغييرًا للوصية كنسج الغزل.

ووجه قول ابن القاسم أن الزيادة مع بقاء العين حالها لا تغير الوصية، وليس كذلك

النسج، فإنه قد غير عين الغزل. وأما العرصة، فهي باقية على ما كانت عليه قبل، فأضيف إليها معنى آخر، وهو البناء كما أضيف اللتات إلى السويق والصبغ إلى الثوب.

فرع: فإذا قلنا ليس الهدم برجوع على قول أشهب، فلمن يكون النقض؟ قال أشهب: لا وصية فى النقض. وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم: النقض للموصى له.

ووجه قول أشهب أن اسم البناء لا يتناوله اسم الدار بعد النقض، فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذى علق عليه الوصية.

ووجه قول ابن القاسم أن الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء، وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قميصًا.

مسألة: ولو أوصى له بزرع ثم حصده أو بثمر ثم جذه أو بصوف ثم جزه، لم يكن رجوعًا فى الوصية، قاله ابن القاسم فى المجموعة، ولو درسه واكتاله، وأدخله بيته لكان رجوعًا فى الوصية.

ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد، وصورته ثابتة لم تغير، وإنما وجد منه تقطيعه وإزالته عن موضعه، فلم يكن رجوعًا كقطع الثوب.

فأما إذا اكتاله بعد درسه وأدخله بيته، فإن درسه وتبليغه حد الاكتيال قد غير صورته، ونقل اسمه إلى اسم القمح أو الشعير، فكان ذلك رجوعًا عن الوصية بالدرس والتصفية. وأما إدخاله البيت، فإنما تأكيد لمقصده، والله أعلم وأحكم.

* * *

جَوَازُ وَصِيَّةِ الصَّغِيرِ وَالضَّعِيفِ وَالْمُصَابِ وَالسَّفِيهِ

١٤٣٦ – مَالِك عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَمْرَو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرَقِىَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: إِنَّ هَاهُنَا غُلامًا يَفَاعًا لَمْ يَحْتَلِمْ مِنْ غَسَّانَ، وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، وَهُوَ ذُو مَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إِلا ابْنَةُ عَمٍّ لَهُ، قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: فَلْيُوصِ لَهَا، قَالَ: فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ بِئْرُ جُشَمٍ. قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ: فَبِيعَ

١٤٣٦ – أخرجه البيهقى فى سننه ٦/٢٨٢، ١٠/٣١٧، وابن قدامة فى المغنى ٦/١٠١، وابن حزم فى المحلى ٩/٣٣٠.

ذَلِكَ الْمَالُ بِثَلاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَابْنَةُ عَمِّهِ الَّتِى أَوْصَى لَهَا هِىَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمٍ الزُّرَقِىِّ.

١٤٣٧ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ غُلامًا مِنْ غَسَّانَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقِيلَ لَهُ إِنَّ فُلانًا يَمُوتُ، أَفَيُوصِى؟ قَالَ: فَلْيُوصِ، قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَكَانَ الْغُلامُ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ أَوِ اثْنَتَىْ عَشْرَةَ سَنَةً، قَالَ: فَأَوْصَى بِبِئْرِ جُشَمٍ، فَبَاعَهَا أَهْلُهَا بِثَلاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

الشرح: اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى المدنية، وقد ذكر يحيى بن سعيد فى روايته عن أبى بكر أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، فتارة كان يصفه أبو بكر بأنه يفاع، وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، وذلك كله سواء.

وقوله: **«لم يحتلم»** على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغر والاحتلام فى الرجال والنساء حد بين الصغر والكبر، ويختص فى النساء بالحيض، فهو فيهن حد بين الصغر والكبر.

فصل: وقوله: **«أخبره أنه قيل لعمر أنه بالمدينة ووارثه بالشام، وليس له بالمدينة إلا بنت عم»** يريد أنها انفردت بالقيام بأمره والرفق به، وإن كان وارثه الذى يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركها فيه بالشام، ولعله قد قصد بذلك إلى بنت عمه هذه مع انفرادها بالقيام بأمره والتعب معه والتمريض له لا يعود إليها شىء من ماله.

ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقها به، وانفرادها بالعناء معه، فندبه عمر رضى الله عنه إلى أن يوصى لها، وأعلمه أن ذلك مباح له وسائغ فى الشرع، وإن كان لم يبلغ الحلم، وبهذا قال مالك والليث، وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز، ويفهم ما يوصى به من السفيه والصغير جائزة. وقال أبو حنيفة والشافعى: تجوز وصية السفيه، ولا تجوز وصية من لم يحتلم.

والدليل على ما نقوله أن الصغر حجر، فلا يمنع صحة الوصية مع التمييز كالسفه.

١٤٣٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٦٥.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك: تجوز وصية اليفـاع. وقـال ابـن المـواز: وأجـاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذى يعقل ما يوصى به ابن تسع سنين وشبهه.

وقال أصبغ: تجوز وصية الصبى والصبية، إذا عقلا مـا يفعـلان، وهـذا فيمـا لا يلزمـه من الوصية. وأما التدبير، فقد قال عبدالملك: لا يجوز تدبـير مـن لـم يبلـغ الحلـم. وقـال أشهب: لا يجوز تدبير المولى عليه، وسيأتى ذكر ه بعد هذا إن شاء الله تعـالى. والفـرق بين الوصية والتدبير، أن التدبير عقد لازم.

فرع: إذا أوصى الصبى إلى غير وصيه، ففرق ثلثة، فللوصـى أن لا يلـى غـيره تفريـق ثلثه، قاله أشهب.

ووجه ذلك أنه محجور عليه، وإنمـا أبيـح إنفـاذ ثلثـة فـى وجـوه وصيتـه، وليـس لـه صرف تولى ذلك إلى غير وصيه الذى قد لزمه حجره.

مسألة: وأما الصغير الذى لا يميز، فلا خلاف بين العلمـاء فـى أنـه لا يجـوز وصيتـه. ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمغمى عليه.

فصل: وقوله: «**فليوص لها**»، وهى بنـت عمـه مـن قرابتـه وذلـك دليـل علـى جـواز الوصية للقريب الذى لا يرث، ولا خلاف فـى جـواز ذلـك، قـال الله تعـالى: ﴿**كتـب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن تـرك خيرًا الوصيـة للوالديـن والأقربـين**﴾ [البقـرة: ١٨٠]، فنسخت الوصية للوالدين والوارث، وبقيت فى حق الوارث القريـب الـذى لا يرث.

ومن جهة المعنى أنه إنما حجر عليه فى حال حياته فى ماله لحقه لا لحـق غـيره، فلمـا مات بطل أن يحجر عليه لحقه؛ لأنه لم تبق له منفعة فى ماله غـير مـا يوصـى بـه، فكـان النظر له تجويز وصيته.

مسألة: وتجوز للأجنبى مع وجود القرابة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى والأوزاعـى والثـورى. وقـال الحسـن وطـاوس: إن فعـل ذلـك ردت وصيتـه إلى قرابتـه. وقـال ابـن المسيب: من أوصى لغير قرابته بثلثه، رد إلى قرابته من ذلك ثلثا الثلث، وينفـذ للموصـى لهم ، وبه قال ابن راهويه.

فصل: وقوله: «**فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم**» يقتضى أن اسم المال يقع عندهـم على الأرضين والأصول الثابتة.

وقوله: « **فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم**» على معنى الإخبار عن تجويز وصيته بكثير المال، وإن ذلك لا يختص بقليله، وإن وصيته تصح بالتمليك المطلق للأعيان، ولا تختص بالتحبيس والتسبيل.

فصل: وقوله: «**وأن ابنة عمه الموصى لها هى أم عمرو بن سليم**» يقتضى الإشارة إلى تصحيح الرواية، ومراعاة الراوى الذى هو عمرو بن سليم لها لتعلقها به، ويحتمل أن يشير بذلك إلى أن وصية الصغير تجوز للغنى إن كانت معروفة بالغنى وغير داخلة فى جملة الفقراء.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْـرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْـهِ عِنْدَنَـا أَنَّ الضَّعِيـفَ فِـى عَقْلِهِ وَالسَّفِيهَ وَالْمُصَابَ الَّذِى يُفِيـقُ أَحْيَانًـا، تَجُـوزُ وَصَايَـاهُمْ إِذَا كَـانَ مَعَهُـمْ مِـنْ عُقُولِهِمْ مَا يَعْرِفُونَ مَا يُوصُونَ بِهِ، فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ مَعَهُ مِنْ عَقْلِهِ مَـا يَعْـرِفُ بِذَلِـكَ مَـا يُوصِى بِهِ، وَكَانَ مَغْلُوبًا عَلَى عَقْلِهِ، فَلا وَصِيَّةَ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه تجوز وصية الضعيف فى عقله، يريد الضعيف العقل، وهو الذى لا يستقل بنفسه، ويحتاج إلى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة أحواله، وهو مع ذلك يميز ويفهم.

وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك: تجوز وصية الأحمق، يريد بذلك الذى وصفناه بضعف العقل. وأما السفيه، فإنه يريد به الذى يتلف ماله فى وجوه السفه أو يشتغل عن تثميره وحفظه بالبطالة.

وأما المصاب، فهو الذى أصيب بعقله، إما بصرع أو بما شاء الله تعالى، فإذا كان يفيق أحيانًا، وكانت وصيته حين إفاقته، فهى جائزة. قال عبدالملك: تجوز وصية المجنون فى حال إفاقته كما تجوز شهادته فى حال إفاقته إن كان عدلاً.

مسألة: وإذا ادان المولى عليه، ثم مات، لم يلزمه ذلك كالحى إلا أن يوصى به، فيجوز ذلك فى ثلثه، راوه محمد عن أشهب عن مالك. قال ابن كنانة: وإن كان سمى ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله فى ثلثه، لم يجز ذلك على ورثته، فإذا أوصى به على وجه الوصية، فهو مبدأ على وصاياه.

مسألة: وأما تدبير السفيه، فقد قال عبدالملك: إن دبر السفيه خادمًا كثيرة الثمن، لم يجز تدبير عنده فى المرض، فإذا صح بطل ذلك. وقال ابن كنانة: تجوز وصية المولى عليه وتدبيره، وما لا يقع فيه إلا بعد موته، وإنما يمنع من ماله فى حياته وعدم رشده.

وجه قول أشهب أنه من العقود اللازمة، فلا يلزمه كالبيع والشراء.

ووجه قول ابن القاسم أن له حكم الوصية، فإذا دبر فى مرضه ورعى أمره، فإن مات من مرضه، فحكم التدبير والوصية واحد، فينفذ ذلك، وإن أفاق بطل ذلك؛ لأنه عقد لازم.

* * *

الْوَصِيَّةِ فِى الثُّلُثِ لا تَتَعَدَّى

١٤٣٨ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِى وَقَّاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِى عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِى، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ بَلَغَ بِى مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلا يَرِثُنِى إِلا ابْنَةٌ لِى، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَىْ مَالِى؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا» فَقُلْتُ: فَالشَّطْرُ؟ قَالَ: «لا» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَإِنَّكَ لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِى بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلا أُجِرْتَ حَتَّى مَا تَجْعَلُ فِى فِى امْرَأَتِكَ» قَالَ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَأُخَلَّفُ بَعْدَ أَصْحَابِى؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّكَ لَنْ تُخَلَّفَ فَتَعْمَلَ عَمَلا صَالِحًا إِلا ازْدَدْتَ بِهِ دَرَجَةً وَرِفْعَةً، وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخَلَّفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِكَ أَقْوَامٌ، وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ، اللَّهُمَّ أَمْضِ لأَصْحَابِى هِجْرَتَهُمْ، وَلا تَرُدَّهُمْ عَلَى أَعْقَابِهِمْ، لَكِنِ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ خَوْلَةَ يَرْثِى لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ».

١٤٣٨ - أخرجه البخارى ٤٨/٤ كتاب الجنائز باب رثاء النبى، عن سعد. ومسلم جـ٣/١٢٥٠ كتاب الوصية باب ١ رقم ٥، عن عامر بن سعد. والترمذى برقم ٢١١٦، ٤٣٠/٤ كتاب الوصايا، عن سعد بن أبى وقاص. وأبو داود ١١٣/٣ كتاب الوصايا باب ٣، عن أبى هريرة. والنسائى ٢٤١/٦ كتاب الوصايا باب ٣، عن عامر بن سعد.

قال ابن عبد البر فى التمهيد: ٣٩٧/٨: هذا حديث قد اتفق أهل العلم على صحة إسناده. وجعله جمهور الفقهاء أصلا فى مقدار الوصية، وأنه لا يتجاوز بها الثلث، إلا أن فى بعض ألفاظه اختلافا، عند نقلته. فمن ذلك أن ابن عيينة قال فيه: عن ابن شهاب، عن عامر بن سعد، عن أبيه: مرضت عام الفتح. انفرد بذلك، عن ابن شهاب فيما علمت، وقد روينا هذا الحديث من طريق معمر، ويونس بن يزيد، وعبدالعزيز بن أبى سلمة، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وابن أبى عتيق، وإبراهيم بن سعد فكلهم قال فيه، عن ابن شهاب عام حجة الوداع كما قال مالك.

الشرح: قول سعد: **«جاءنى رسول الله ﷺ يعودنى عام حجة الوداع»** سنة فى عيادة المرضى، وهى من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء ابن عازب أمرنا النبى ﷺ أن نتبع الجنائز، ونعود المرضى ونفشى السلام.

فصل: وقوله رضى الله عنه: **«قلت: يا رسول الله، قد بلغ بى من الوجع ما ترى»** دليل على جواز إخبار العليل بشدة حاله إذا تسبب بذلك إلى النظر فى دينه، ويجوز ذلك إذا تسبب بذلك إلى معاناة ألمه، ويجوز أن يخبر بذلك من يرجو بركة دعائه، ويخبر بذلك من يعلم إشفاقه.

وقد روى الحارث بن سويد عن عبدالله: «دخلت على النبى ﷺ وهو يوعك، فقلت: يا رسول الله، إنك توعك وعكًا، قال: أجل إنى أوعك كما يوعك رجلان منكم»(*).

وروى القاسم بن محمد أن عائشة قالت: وارأساه، فقال رسول الله ﷺ: «بل أنا وارأساه، لقد هممت أن أوصى إلى أبى بكر، والله، وأعهد»(*).

وإنما يكره ما كان منه على وجه التشكى والتسخط، وذلك محبط للأجر أو مؤثر فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة لى»** هذا اللفظ وإن كان يقع على يسير المال وكثيره، فإنه لا يستعمل إلا فى كثيره، واستكثر مثل ذلك المال للابنة لانفرادها على عادة العرب، وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء، وإنما كانت تعده للرجال.

ويحتمل أن يكون ظن أنها تنفرد بجميع المال، ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها، ورأى أنه إذا تصدق بنصفه يكفيها نصف ما يبقى منه بعدما يتصدق به.

قال القاضى أبو الحسن: قوله: **«ولا يرثنى إلا ابنة لى»** يريد من النساء، ويحتمل أن يريد بقوله: **«أفأتصدق بثلثى مالى»** أن يبتله قبل موته، ويحتمل أن يريد به أن يوصى بذلك المقدار فى وجوه بر، فنهاه النبى ﷺ عن الثلثين، ثم عن الشطر، وأباح له الثلث، ووصفه بالكثرة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٦٤٨، ٥٦٦٠. مسلم حديث رقم ٢٥٧١. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٦١١.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٦٦٦. مسلم حديث رقم ٢٣٨٧.

قال القاضي أبو الوليد ، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أنه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله، وذلك يمنع الزيادة عليه، فإن حملناه على الوصية، فقد اتفق العلماء على أن له الوصية بالثلث.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس أنه قال: لو غض الناس إلى الربع؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «الثلث، والثلث كثير أو كبير»(*) فحمل قوله: **«والثلث كثير»** على استكثار الثلث فى الوصية والندب إلى التقصير عنه.

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه أوصى بالربع، وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس، وقال: رضيت فى وصيتى بما رضى الله به لنبيه من الغنيمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اتفق العلماء على أن من كان له وارث، فليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه لقول النبى ﷺ: «والثلث كبير» لقوله: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة، يتكففون الناس» فثبت بذلك حق للورثة فى مال المريض يمنع ما زاد على الثلث.

مسألة: فإن لم يكن له وارث، فهل له أن يوصى بماله كله، فمذهب مالك أنه لا يجوز، وبه قال الشافعى، وقول زيد بن ثابت، وجوز ذلك أبو حنيفة. وروى ذلك عن ابن مسعود وعلى بن أبى طالب.

والدليل على ما نقوله أن له من يعقل عنه فلم يكن له أن يوصى بأكثر من الثلث. أصل ذلك من يرثه بنوه.

مسألة: فإذا أوصى الميت بأكثر من الثلث، فأجازته الورثة، جاز، ويكون ذلك تنفيذًا منهم لفعل الموصى، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافًا للشافعى فى قوله: إنها ابتداء عطية.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على ذلك أن المنع إنما هو لحق الورثة، فإذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصى، وبمنزلة حكم الثلث.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

ووجه ذلك أن حقوقهم إنما تتعلق بما زاد على الثلث، فليس لهم أن يتعدوه إلى ما لم تتعلق به حقوقهم؛ لأن حقوقهم تتعلق بثلثى المال بمرض الموصى، وإنما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقى بموت موروثهم دون وصية، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن مات ولا وارث له، فقد روى محمد عن أبى زيد عن ابن القاسم: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالى يجريه فى وجهه مثل عمر بن عبدالعزيز، فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانيًا، فمات النصرانى، ولا وارث له، فليتصدق بماله، ولا يجعل فى بيت المال.

ووجه ذلك أن الوالى ليس له أن يستبد به ولا يصرفه فى غير وجوه البر، فإذا كان ممن لا يصرفه فى وجوه البر، ساغ لمن كان بيده أن يصرفه فى وجوه البر.

مسألة: ومن أوصى له من لا وراث له بجميع ماله، فقد قال مالك: يجزئه أن يتصدق بثلثه. قال ابن المواز: يتصدق بذلك عن المسلمين لا عن الميت.

ووجه ذلك أن ملك الموصى قد زال عن ثلثى ماله إلى وارث معين أو غير معين، فإن كان معينًا دفع إليه، وإن كان غير معين تصدق به عمن صار إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى نصرانى بجميع ماله للكنيسة، ففى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين.

ووجه ذلك أن الذمى إذا لم يكن له وارث، فإن ماله للمسلمين، فالحكم فى تركته بين المسلمين، وبين الناظر فى الكنيسة، فيجرى على حكم الإسلام، فلا يجوز له وصية فى أكثر من ثلثه.

مسألة: وهذا إذا أوصى بأكثر من الثلث دون إذن الورثة، فإن أذنوا له، نفذ.

فصل: فإن حملنا **قوله:** «أفأتصدق بثلثى مالى» على إبتال الصدقة فى المرض، فإن النبى ﷺ قد منع من ذلك، وإنما أطلق اللفظ فى الثلث على أنه كثير، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو عتق أو هبة أو محاباة فى بيع.

فإن زاد على ذلك، فالزيادة موقوفة اعاة، فإن أفاق من مرضه ذلك، فحكمه حكم الوصية إن أجازه الورثة، وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر فى ذلك قبض الهبة؛ لأن حكمه

حكم الوصية. وشدد أهل الظاهر، فقالوا: بل يلزمه الجميع، إذا قبضت الهبة أو الصدقة.

والدليل على ذلك قول سعد: «أفأتصدق بثلثي مالي؟ فقال له النبي ﷺ: لا، ثم قال: الثلث، والثلث كثير» وهذا بين في ردِّ ما ادعوه.

ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد، ولا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق اثنين، ورد أربعة.

مسألة: إذا ثبت أن حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة، فقد قال القاضي أبو محمد في معونته: إنه يتعلق به حكم الحجر، فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع من السرف، وما خرج عن العادة لأن إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته، فكان في معنى إضاعته، وذلك ممتنع.

قال: وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء، لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال، وإنما تعلق بمقداره.

وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة: ولا يمنع المريض من البيع والابتياع، إذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة. قال ابن القاسم وأشهب: وهبته للثواب كبيعه.

مسألة: وإذا باع عبدًا ليس له غيره، فوضع فيه، فإن كانت المحاباة قدر ثلثه، جاز، وإن كانت أكثر من ثلثه، جاز منها قدر الثلث، رواه علي بن زياد عن مالك.

وفي الموازية عن ابن القاسم فيمن أسلم في سلعة، ثم أقال منها في مرضه فمات، ولم يدع غيرها، فإن لم يكن في ذلك محاباة فهو جائز، وإن كانت فيه محاباة خير الورثة بين الإجازة، وبين أن يقطعوا له بثلث ما عليه. ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ.

وقال عيسى: يمضي له منه ما لا محاباة فيه، ثم يخير الورثة في باقيه، فإما سلموه، وإما قطعوه بثلث مال الميت في باقي العبد.

وهذه الألفاظ كلها تعود إلى معنى واحد، وهو أن محاباته في ثلثه، وإنما اختلفت عباراتهم؛ لأن بعضهم قصد إلى بيان منتهى الحكم، وبعضهم قصد إلى صفة تناول الأمر، الله أعلم وأحكم.

فرع: فإن قال المبتاع: أنا أدفع بقية ثمن العبد وآخذه، فقد قال عيسى وأصبغ: ليس

له ذلك قال عيسى: ولا للورثة أن يلزموه ذلك، يريد والله أعلم، أنها لا تملك أخذ بقية الثمن منه.

مسألة: وإنما ينظر إلى قيمة المبيع يوم البيع، لا يوم يموت البائع، قاله أصبغ، سواء كان البيع من وارث أو غيره.

ووجه ذلك أن المبتاع يضمن المبيع من يوم البيع، فيجب أن ينظر في قيمته يوم البيع، فإن زادت بعد ذلك القيمة أو نقصت، فإنما طرأ ذلك على ملكه.

مسألة: وإن باع في مرضه ورقًا بذهب، فحابى في ذلك، أو أوصى أن يباع ذلك منه، وفيه محاباة أو لا محاباة فيه، فهو جائز، قاله أصبغ. قيل قد قال قائل إنه حرام للتأخير؟ قال: لا أرى ذلك إلا حلالاً لأنه لم يرد به التأخير.

ووجه ذلك أنه موقوف على الفسخ، فهو جائز حتى يرد كالرد بالعيب.

مسألة: ومن نحل ابنه في مرضه، فتزوج الابن لذلك، ودخل أو زوجه هو بذلك، فذلك مردود إلى الورثة، والنكاح ثابت، وتتبعه الزوجة بالمهر، من الموازية.

ووجه ذلك أنها هبة في المرض، فلا تفوت بالقبض، وإنما لها حكم الوصية إن مات من ذلك المرض.

فصل: وقوله: **«إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»** يقتضي أن ذلك خير لسعد، وإلا فلا فائدة له فيما هو خير لغيره دونه، وذلك يكون من وجهين، أحدهما: أن بقاء ورثته في غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم عالة يتكففون الناس، وهذا الذي جبل عليه أكثر الناس، فما من أحد من الأغلب إلا يريد الخير، والخصب لذريته، وربما آثرهم في ذلك على نفسه.

والثاني: أن يحتمل أن يشير بذلك ﷺ إلى أنه أفضل له في الآخرة، وأكثر لأجره، إما لأن حكم البنات يجب أن يكون في ذلك حكم البنين، وإما لأن صلة من قرب منه أولى من صلة من بعد منه وأعظم لأجره لقوله تعالى: ﴿**أو إطعام في يوم ذى مسغبة يتيمًا ذا مقربة أو مسكينًا ذا متربة**﴾ [البلد: ١٦]، وقوله: ﴿**واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئًا وبالوالدين إحسانًا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل**﴾ [النساء: ٣٦]، فقدم الوالدين، ثم ذا القربى ولما روى عنه ﷺ في هذا الحديث.

وإما لأن حق الورثة قد تعلق بثلثي ماله تعلقًا منع القليل منه، فخير لـه الرضـا بذلـك والتسليم لحكم الله تعالى فيه من أن يتعدى إلى إتلافه، فتبقـى الورثـة بعـده فقـراء عالـة، وإنما ورد الأمر بالوصية لمن ترك غنى دون من لا يتركه، قال الله تعالى: ﴿**كتب عليكـم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية**﴾ [البقـرة: ١٨٠]، وفـى الجملـة أن هـذا يقتضى أن الغنى فيه خير، ولو كان الغنى شرا لكان خيرًا له أن لا يدع ورثته أغنياء.

فصل: وقوله: «**وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها حتى مـا تجعـل فى فى امرأتك**» يقتضى أن النفقة إذا أريد بها وجه الله، والتعفف والتسـتر، وأداء الحـق والإحسان إلى الأهل، وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التـى يؤجـر بهـا المنفـق، وإن كان مـا يطعمـه امرأتـه، وإن كـان غـالب الحـال أن إنفـاق الإنسـان علـى أهلـه لا يهمله، ولا يضيعه، ولا يسعى إلا له مع كون الكثير منه واجبًا عليه، ولا ينفقه الإنسـان على نفسه أيضًا يؤجر فيه إذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**قلت يا رسول الله، أأخلف بعد أصحابى**» يريد واللـه أن يخلف بمكة بعـد انصـراف أصحابـه إلى المدينـة مـع النبـى ﷺ إشـفاقًا مـن بقائـه فـى الأرض التى هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مـع أصحابـه إلى الأرض التـى هـاجر إليها. وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتـح. وقـد روى عن النبى ﷺ: «لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية»(*).

ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتـح، يريد لا تفتتح الهجرة بعد الفتح.

وأما من هاجر قبل الفتح، فإن حكم الهجرة ثـابت فـى حقـه لازم لـه إلى أن يتوفـى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمـى أنـه إنمـا أذن للمهـاجر أن يقيـم بمكـة ثلاثًا بعد الصدر، فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت فى حقه، وقد منع من الرجـوع عنه، ولزمه المقام مع النبى ﷺ حيث أقام، والنصرة له والحمايـة، ومـن لـم يهـاجر قبـل الفتح، لم يلزمه هذا الحكم.

فصـل: وقولـه ﷺ: «**إنـك لـن تخلـف، فتعمـل عمـلاً صالحًـا إلا ازددت بـه درجـة**

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٨٣، ٢٨٢٥. مسلم حديث رقم ١٨٦٤. الترمذى حديث رقـم ١٥٩٠. أحمـد فـى المسـند حديـث رقـم ١٩٩٢، ٣٣٢٥، ١٠٧٨٣، ٢١١١٩. الدارمـى حديث رقم ٢٥١٢.

ورفعة» يريد والله أعلم إنك إن خلفت فعملت عملاً صالحًا ازددت به درجة، ويحتمل أن يريد بقوله هاهنا: **«إنك لن تخلف»** وجهين، أحدهما: أن التخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملاً صالحًا.

والثاني: أن يخلف بمكة اتخلف الذى أشفق هو منه، فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التى هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيئًا من هجرته، بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوبة له، يزيد فى درجاته، ويرجح ميزانه فى الدنيا والآخرة، وإنما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة إلى الموت فيها على قول قوم.

فعلى هذا التأويل فيه إخبار لسعد أنه لن يموت بمكة لقوله ﷺ: إنه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة، على ما كان عليه بعد الهجرة، وإلى أن من مرض بمكة، وهو على حكم الهجرة، ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجرين، فكيف أن يزداد به درجة ورفعة.

فصل: وقوله: **«لعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام، ويضرَّ بك آخرون»** التخلف هاهنا الإبقاء بعد من يموت من النبى ﷺ وأصحابه. وقد قيل فى تأويل ذلك أن سعدًا مرّ على العراق، فأتى بقوم ارتدوا عن الإسلام، وسجعوا سجع الكهان، فاستتابهم، فأتى بعضهم فقتلهم، فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به.

ويحتمل عندى أن يكون إشارة إلى بقائه بعده ﷺ إلى وقت ولى أمر الكوفة وغيره، وقاد الجيوش، فانتفع به من استحق النفع، واستضر به من استحق الضرر، وكان فى ذلك تنبيه له على أنه سيملك أن ينفع ويضر.

فصل: وقوله ﷺ: **«اللهم امض لأصحابى هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم»** يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر فى الهجرة، وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به الهجرة، وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من إمضاء الهجرة لهم وتصحيحها فى جنبتهم.

وروى أن النبى ﷺ خلف رجلاً على سعد، وقال: «إن مات بمكة فلا تدفنه بها».

فصل: وقوله ﷺ: **«لكن البائس سعد بن خولة»** البائس عند أهل اللغة الذى يتبين عليه البؤس من شدة الفقر.

وقوله: **«يرثى له رسول الله ﷺ أن مات بمكة»** ذكر ابن مزين أن سعد بن خولة

كان قد أسلم فأقام بمكة، ولم يهاجر حتى مات، فكره لـه النبـى ﷺ ذلـك، ورثـى لـه. وذكر البخارى أن سعد بن خولة شهد بدرًا، ثم انصرف إلى مكة ومات بها.

وروى ابن بكير عن الليث أنه توفى بمكة فى عام حجة الوداع. وقال الطبرى: توفـى بمكة سنة سبع، والقول الأول عندى أظهر.

وهذا ظاهر لفظ النبى ﷺ أنه رثى له أن مات بمكة، وهذا يقتضى أن لمـوت المهـاجر بمكة تأثيرًا فى هجرته، وثلمًا لها، إما أن يكـون ذلـك لمـن اختـار المقـام بمكـة، وإمـا أن يكون لمن مات بها على أى وجه كان، وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكـم، على أنه قل من مات بمكة من المهاجرين، ولعله قد أجيبت فيهم دعوة النبى ﷺ: «اللهم أمض لأصحابى هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم»(*).

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يُوصِـي بِثُلُـثِ مَالِـهِ لِرَجُـلٍ وَيَقُـولُ: غُلامِي يَخْدُمُ فُلانًا مَا عَاشَ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ، فَيُنْظَرُ فِي ذَلِـكَ، فَيُوجَـدُ الْعَبْـدُ ثُلُـثَ مَـالِ الْمَيِّتِ، قَالَ: فَإِنَّ خِدْمَةَ الْعَبْدِ تُقَوَّمُ، ثُمَّ يَتَحَاصَّانِ، يُحَاصُّ الَّذِي أُوصِـيَ لَـهُ بِـالثُّلُثِ بِثُلُثِهِ، وَيُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ بِمَا قُوِّمَ لَهُ مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، فَيَأْخُذُ كُـلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ أَوْ مِنْ إِجَارَتِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ إِجَـارَةٌ بِقَـدْرِ حِصَّتِـهِ، فَـإِذَا مَاتَ الَّذِي جُعِلَتْ لَهُ خِدْمَةُ الْعَبْدِ مَا عَاشَ عَتَقَ الْعَبْدُ(١).

الشرح: هذه المسألة مبنية على جواز الوصية بخدمة العلد وسكنى الدار، وبه قال أبـو حنيفة والشافعى والثورى والليث. وقال ابن أبى ليلى: لا يصح ذلك. وقال الطحـاوى: وهو القياس.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك منافع، فصح ذلك من غير بدل كالعرية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أوصى له بخدمة عبد أوسكنى دار، جاز له أن يكرى ذلك إلا أن يعلم أن الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافًا لأبى حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن هذه منافع، فصح بدلها، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنهـا كالمستأجر، قال ذلك كله القاضى أبو محمد.

(*) أخرجـه البخـارى حديـث رقـم ١٢٩٦، ٣٩٣٦، ٤٤٠٩، ٦٣٧٣. مسـلم حديــث رقــم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فـى المسند حديـث رقم ١٥٢٧، ١٥٤٩.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٥/٢٣.

إذا ثبت ذلك، فمن أوصى بثلث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانًا عاش، ثم هو حر، ففيه أربعة أبواب، أحدها: أن الوصايا إذا ضاق عنها الثلث، وتساوت فى التأكيد وقت المحاصة فيها، سواء كانت فى لفظ واحد ووقت واحد، أو أوقات مختلفة، ومجالس شتى. والباب الثانى: فى أخذ الموصى له ما يوجب الوصية له عند ضيق الثلث فى عين ما أوصى له به. والباب الثالث : فى المحاصة بالتعمير ومدة التعمير. والباب الرابع: فى تبدئة بعض الوصايا على بعض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الأول

فى التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها فى التقديم

أصل ذلك أن الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما أمكن الجمع بينه، ولا يبطل منها إلا ما لا يصح أن يجمع مع ما يثبت. وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة فيمن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصفه: إن الثلث بينهما على خمسة أسهم، ولو أوصى لآخر بجميعه لكان بينهما على أربعة أسهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: هو بينهما بنصفين.

والدليل على ما نقوله أن التفاضل فى القسمة كما لو اتسع الثلث لذلك، وهذا حكم الفرائض فى العول، وقد ثبت أن الثلث سدسان والنصف ثلاثة أسداس، فيكون لصاحب الثلث خمسا الثلث، ولصاحب النصف ثلاثة أخماسه، وهذا حكم الجميع مع الثلث؛ لأن فى الجميع ثلاثة أثلاث، والثلث المنفرد رابع، وهو ربع الجميع، فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذى يلزم الورثة إنفاذه، ولصاحب الثلث ربعه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بعبد، وهو سدس المال، فإنما الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه فى كل شىء، ولصاحب العبد ثلثه، قاله أشهب فى الموازية.

ووجه ذلك أن الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصى به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد، وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما أمكن ذلك، فوجب التحاص.

مسألة: ومن أوصى بعبده ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعًا عن الوصية الأولى، فإنه يكون بينهما بنصفين، رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم

وأشهب، وكذلك لو كانت دارًا لكانت بينهما أو ما حمله الثلث منها، وبه قال جمهور العلماء. وقال عطاء وطاوس: هو للآخر.

ودليلنا ما قدمناه أن الوصايا مبنية على المحاصة لأنها حقوق مقدرة في المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالمواريث التى يدخلها العول.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول: عبدى الذى أوصيت به لزيد، هو لعمرو، فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثانى، فلا شيء فيه للأول.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: وذكر فى المجموعة والموازية إذا قال: عبدى لفلان، وهو لفلان، فهو بينهما، فإن رد الثانى فنصيبه للورثة.

فأما قوله: هو لفلان، وهو لفلان، فوجه التشريك فيه ظاهر. وأما قوله: عبدى الذى أوصيت به لزيد، هو لعمرو، أنه رجوع، فوجه ذلك أن قوله: عبدى الذى أوصيت به لزيد، ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب، وجوابه هو لعمرو، وذلك يقتضى أن هذا جميع الخبر، وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال: عبدى ميمون لعمرو.

وإذا قال: عبدى ميمون وصية لزيد، ثم قال فى ذلك المجلس أو بجلس آخر: عبدى ميمون لعمرو، فإن كان كل واحد من القولين قائمًا بنفسه مستقلاً بخبره، لا يفيد إلا ما يفيده الآخر، فوجب التشريك.

وفى المدونة: من قال: العبد الذى أوصيت به لفلان هو وصية لفلان، رجل آخر، فقد قال مالك: إن كان فى الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى، فهى ناقصة لها، فلم يصرح بأن الثانية ناقصة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة، وإنما الرجوع البين عن الوصية أن يقول: هو لزيد بل لعمرو أو يقول: قد صرفته من زيد إلى عمرو، فإنما الاعتبار بالتصريح بصرفه عن الموصى له به أولا، ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخرًا، والله أعلم.

مسألة: ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لأجنبى، ففى الموازية عن ابن القاسم وأشهب: أنه بينهما، وإن لم يجز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثًا.

ووجه ذلك أنه أوصى به فى وجهين، فاقتضى ذلك التشريك بينهما إلا أن نصيب

الوارث للورثة فيه الخيار بين الإجازة والرد، ولا خيار لهم فى نصيب الأجنبى، ولا فى شىء منه إذا حمل الثلث العبد.

ولو أوصى لأجنبى ولوارث لا وارث له غيره، ففى المدونة: أن الأجنبى مقدم فى الثلث.

ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه إنما يصير له بها ما كان يصير له دونها، فلذلك قدم الأجنبى عليه، وإذا أوصى لأجنبى ولوارث من جملة ورثته كان لوصية الوارث تأثير؛ لأنه أعطاه بها ما لم يكن له دونها، فلم يقدم الأجنبى عليه.

مسألة: ومن أوصى بعتق ثم أوصى به لرجل، فهو رجوع، وكذلك لو أخر الوصية بعتقه، قاله ابن القاسم. وقال أشهب فى الموازية: العتق يبدأ. وحكى القاضى أبو محمد: أن مبدأ قدم أو أخر.

وجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضى أبو محمد أن العتق لا يجوز الاشتراك فيه؛ لأنه بمنزلة ابتدائه، فإذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حمل على الرجوع.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتمعا فى عين، قدم العتق، وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية، وإن علقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو.

والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بإزالة ملك والوصية بتمليك العبد بتمليك.

والفرق بينهما أن حصص التمليك يجمع بينها فى المحاصة فى التفليس وغيره، ولا يجمع بينها وبين العتق، وأيضًا فإن الوصايا يحاص بينها إذا اجتمعت فى التمليك، ولا يحاص بينها إذا كان بعضها بعتق وبعضها بتمليك، وذلك يدل على معنى الاشتراك، والله أعلم.

مسألة: ومن أوصى لزيد بعبيد سماهم، ثم أمر رجلاً آخر ببيع كل عبد له، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب: يسأل الآمر، فإن كان مات قبل ذلك نفذت الوصية، ولم تغير إلا بأمر بين.

وقال ابن القاسم: أمره ببيع كل عبد رجوع عن الوصية، كما لو أمر أن يتصدق عنه بكل ماله فى ذلك البلد على رجل لكان رجوعًا، والصدقة أثبت من الوصية، وكذلك لو أعتق كل عبد له بذلك لكان العتق أولى.

ووجه قول ابن وهب أن اللفظ الخاص واللفظ العام إذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قابله من العام؛ لأن اللفظ الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يحتمل غيره، واللفظ العام يتناوله على وجه محتمل.

وقول ابن القاسم مبنى على مذهب أبى حنيفة فى أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم. وقول ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا، وهذا قد ذكرته فى أحكام الفصول بما يغنى الناظر فيه، ويجب أن لا يسمى ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله فى ذلك البلد إذا كان الموصى بهم من جملة ماله فى ذلك البلد، وكذلك العتق.

مسألة: ومن أوصى بعبده لزيد، ثم أوصى أن يباع، أو قال: بيعوه من عمرو، ففى المجموعة والموازية عن أشهب: أنه رجوع، قال: إلا أن يقول: عبدى لزيد وبيعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلثى ثمنه، ويعطى ذلك لزيد.

وجه ذلك ما مضى غير أنه فرق بين أن يوصى بالعبد لزيد، ثم يوصى به لزيد، ثم يقول: بيعوه من عمرو، وقد كان جمع بينهما إذا أوصى به للزيد، ثم قال: هو لعمرو، فجعل للوصية بالبيع تأثيرًا فى أحد الوجهين، وذلك أن البيع إنما تتناول الوصية به إزالة الملك، فأشبهت العتق من هذا الوجه، والبيع يتضمن التمليك، ولا يتضمنه العتق، بل ينافيه، والله أعلم.

مسألة: ومن أوصى بعبده لزيد، ثم قال بعد ذلك: خدمته لعمرو، قال أشهب فى المجموعة: ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء، فإن حمله الثلث استخدماه، واستغلاه جميعًا بالسواء، وإن لم يحمله الثلث، فلورثته إن تحروا أن يسلموا إليهما ثلث الميت.

ووجه ذلك أن المقصود من العبد الخدمة، فلما آثر منه المسمى على الإطلاق، وبلفظ الاستيعاب ساوى الذى أوصى له برقبته؛ لأن ذلك أيضًا يقتضى استيعاب الخدمة، فيتساويان فى ذلك لما قدمناه أن حكم الوصيتين التشريك ما أمكن ذلك، ولم ينافِ أن تكون الخدمة بينهما حملت الوصيتان على ذلك.

وليس ذلك بمنزلة الذى يوصى برقبته لأحدهما، وللآخر أن تباع منه، فإنه محال أن تبقى رقبته لزيد مع بيعه من عمرو، فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما، وهو أن تباع من عمرو يصرف الثمن إلى زيد؛ لأنه بدل رقبته التى أوصى له

بها لأنه كأنه لما وصى ببيعه، ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته به لزيد، فقد أبقى له ثمنه.

مسألة: ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين، ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة أنهما يتحاصان فى خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين، وصاحب السنة بسهم، ولو قال: يخدم زيدًا سنة، ثم هو حر، ثم قال: فلانًا سنتين لتحاصا فى خدمة السنة لزيد ثلثها، ولعمرو ثلثاها، فيكون حرًا، قاله كله ابن القاسم فى المجموعة.

ووجه ذلك أنه استثنى فى المسألة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق، واستثنى فى المسألة الثانية سنة قبل العتق، ثم أوصى بخدمة سنتين، فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق، وعارض العتق الخدمة فى السنة الثانية، فقدم العتق.

وفرق ابن القاسم بين هذه المسألة، وبين الذى أوصى بعتق عبده ميمون، ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعًا؛ لأن العتق يبطل فى تلك السنة وهو فى مسألته باق ثابت الحكم، فلم تكن الوصية بخدمة السنة الثانية رجوعًا عنه.

مسألة: ومن أوصى بثلاثة أعبد له لزيد، ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن حمل ذلك الثلث، فالعبدان لزيد، والعبد الثالث بينه وبين عمرو بنصفين.

ووجه ذلك أن فى العبد الواحد وقع التشريك، فكان بينهما والعبدان سلما من ذلك، فسلما لمن أفرد بهما.

مسألة: ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التى على خالد، ثم أوصى بها لزيد، فليضرب فيها زيد بمائة وعمرو بخمسين، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أنه لما كانت المائة معينة لمن هى عليه لم تتعدها الوصية.

ولما أوصى بها لزيد وعمرو، كان كأنه أوصى بخمسين منها لكل واحد منهما، ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى، فقد أوصى له بمائة بعد أن أوصى له بخمسين، فسقطت الخمسون، وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين، فيكون لزيد ثلثا المائة، ولعمرو ثلثها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أوصى لرجل بجزء من ماله، وأوصى لآخر بدنانير مسماة، وضاق الثلث عن الوصيتين، فيها ثلاث روايات، إحداها: تبدئة الجزء على التسمية. والثانية:

تبدئة التسمية على الجزء. والثالثة: المحاصة بينهما، ذكر ذلك القاضى أبو محمد، وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم فى المجموعة.

قال القاضى أبو محمد: وجه الرواية الأولى أن الجزء آكد فى باب الوصايا من التسمية ألا ترى أنه لو أوصى له بألف، فتلفت التركة كلها إلا الألف لم يستحق الموصى له إلا ثلثها، فبطلت التسمية ورجعت إلى حكم الجزء.

ووجه الرواية الثانية أن التسمية آكد من الجزء للنص على قدرها بوجه غير محتمل، والجزء لا تتقدر به الوصية إلا بوجه محتمل.

ووجه الرواية الثالثة أنهما جهتان للاستحقاق بالوصية، فلم تكن إحداهما أولى من الأخرى، ورجع إلى المحاصة، واستدل سحنون على المحاصة أنه قد انتقص كل واحد بما أدخل عليه من صاحبه.

* * *

الباب الثانى: فى أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث فى عين ما أوصى له به

وذلك أن الوصية لا تخلو أن تكون عروضًا كلها أو عينًا كلها أو بعضها عين، وبعضها عرض، فإن كانت التركة عروضا أو بعضها عرض وبعضها عين، فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث، فقد روى علىّ بن زياد فيمن أوصى له بعبد ثمنه عشرون دينارًا، وله أموال عريضة، فقال: الورثة لا تحب أن تخلص له العبد، فليس ذلك لهم إلا فيما لا يسعه ثلثه، أو يشكل اتساعه له فيخيروا بين الإجازة والقطع بثلث جميع مال الميت.

ووجه ذلك أنه أوصى بالعبد، وهو دون الثلث وله التصرف فى ثلث ماله، فليس للورثة من ذلك إلا لوجه مضرة تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث، فيرد عند ذلك إلى الثلث الذى هو نهاية ماله فيه من التصرف، وهذا على أحد قولى مالك، وذلك أن من أوصى لرجل بعبد، وهو أكثر من ثلثه، فلم يجز الورثة، فقد اختلف فيه قول مالك، فقال أولا: يقطع فيه بثلث الميت، وبه قال عبدالملك وابن كنانة، ورواه علىّ بن زياد عن مالك فى هذه المسألة، ثم رجع، فقال: يقطع له بالثلث فى تلك العين الموصى بها، واختاره ابن القاسم وأشهب. وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب.

وجه القول الأول أن هذه وصية عالت علي الثلث، فإذا لم يجز الورثة ردت إلى ثلث التركة كما لو كان معظم المال غائبًا أو دينًا.

ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب أن العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث لبطلت الوصية.

ومعنى ذلك أنه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بتلك العين، فلا ينقل عنها، وإنما يبطل ما زاد على الثلث.

مسألة: ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عروض، فقال ابن القاسم: إذا كانت التركة عروضًا حاضرة، وأوصى بدنانير، فلا يناجز فيها، وتباع عروضه وتعطى الدنانير، ولا يخلع له الثلث إن لم يصبروا عليه حتى تباع العروض وتعطى. قال ابن المواز: وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين فيه بخلاف الدين والمال الغائب، وليعجل وصية الميت، فإذا ترك مائة دينار وعروضًا وأوصى بمائة دينار، فلا ينتظر بيع ذلك، وتعجل وصية الميت من المائة العين.

ووجه ذلك أنه ليس هاهنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت، وإذا أخرج الثلث صاحب الوصية على وجهه، فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له.

مسألة: فإن كان في التركة دنانير وعروض، فأوصى له بدنانير، فقد قال أشهب في المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة لم يخلف عينا غيرها، وله عروض وسراري ورقيق ودواب، قال الشيخ أبو محمد: يريد حاضرة تدفع إليه العشرة الدنانير، وإن كره ذلك الورثة، ولو لم يخلف من العين إلا خمسة دنانير لأخذها، وبيع له بخمسة.

قال أبن القاسم في المجموعة: إن لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه، خير الورثة بين الإجازة أو القطع بالثلث.

وقال عبدالملك: إذا ستأثر عليهم بالعين، وأبقى العروض والدين، فلهم الخيار في خلع الثلث، وليس ذلك بمنزلة العرض، وقد تقدم من قول أشهب أن وصيته بالعين تنفذ ما لم تزد على الثلث.

وجه قول ابن القاسم أن للعين مزية بحضور منفعة أو عمومها، فبه يصل إلى كل شيء من ساعته وسائر العروض منفعتها خاصة.

ومن أراد أن ينتقل من منفعتها إلى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره بالعين،

فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين، وكان له الاستبداد بعرض من العروض، فلما كان للعين هذا الحكم المفرد، صار له حكم التركة المفردة، فروعى ثلثه.

وفيه معنى آخر أنه إذا أبى الورثة من الإجازة تنقل على قول ابن القاسم إلى ثلث التركة.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بدار، ولآخر بحائط، فكان ذلك أكثر من الثلث: أنه يعطى لكل واحد منهم ما تخرج له المحاصة فى العين التى سميت له، فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع لهم بالثلث فى جميع التركة، دون ما سمى لهم. قال: لأن الوصايا قد عالت، ولابد من بيع ذلك أو بعضه لسبب العتق.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى يقتضى أنها تركة لا عين فيها، فلما احتيج إلى بيع شىء منها من أجل الوصية بالعين، وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان، ونقلت الوصية إلى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان، وهى كلها عروض.

مسألة: وهذا إذا كانت التركة حاضرة، فإن كانت غائبة أو دينًا، ففى المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد، وبهذا الفرس بعينه لعمرو، وهما حاضران، فإن خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك، وإلا نفذ منهما ما يخرج من الحاضر.

فإن كان جميع الحاضر ثلاثمائة، الفرس مائة، والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به، وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الثانى أو يعطوهما ثلث المال الغائب، وهذا قول أشهب.

قال ابن المواز: وقد قيل هذا، ونحن نستحسن إن لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهما فيما حضر، وغاب وكل شىء منه، فعلى قول أشهب: لا تنقل الوصية إلى الثلث مع احتمال الثلث لهما، وإن نقلت غيبة المال استيعاب الوصية فى العين الموصى بها، وإنما ينقل إلى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على ثلث التركة كلها.

وعلى قول ابن المواز أن كل ما منع استيعاب الوصية فى العين الموصى بها نقل إلى الثلث كالزيادة على الثلث.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير،

ولم يترك إلا مالاً غائبًا أو ديونًا فأراد الموصى له أن يعجلوها له، وقال الورثـة: نتقـاضى ونعطيك، فليخير الورثة، فإما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بـالثلث، فيتقـاضى لنفسـه، وينتظر ما غاب، فجعل تغيب المال والدين ينقل إلى الثلث.

وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشـون فيمـن أوصـى لرجـل بعشـرين ومائـة دينار، وليس فى تركته حاضر إلا مائة دينار، وسـائره غـائب خـير الورثـة، فـإن شـاءوا أعطوا المائة الحاضرة، وأتموا له مـن المـال الغـائب وصيتـه، وإلا أعطـوا لـه ثلـث التركـة حاضرها وغائبها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال ابن المواز عـن ابـن القاسـم: وكذلـك لـو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله، وله مـال غـائب، فقـد قـال أصبـغ فـى الموازية والعتبية: سواء عند أصحابنا فى قول مالك أوصى بدنـانير معينـة أو غـير معينـة، إذا لم يخرج مما حضر، وإنما اتبعهم فيه، ورأى فى الاستحسان إن كانت الدنانير معينـة، ولم يحملها الثلث، ولم يجز الورثة، فليعط الثلث من كل شىء.

قال الشيخ أبو محمد: يريد على أحد قولى مالك، وأخذ ابن القاسم بقول مالك آخـر أنه يحمل محمل الثلث في الدار. قال أصبغ: وأمـا إن أوصـى بدنـانير غـير معينـة، فهـى جارية فى المال على ما شرط، ويأخذ من كل ما حضر، ونض ثلثه، ومـن ثمـن مـا يبيـع حتى يتم له ما أوصى له به، ولا يكون له ثلث التركة.

قال ابن المواز: ولا يعجبنا قوله، والصواب قول مالك التعجيـل أبـرأ؛ لأن الميـت أراد تعجيل المائة، فلم ينفذ له ذلك، فيلزمهم الخروج من الثلث.

فصل: وقال عبدالملك فى المجموعة: إذا أوصى بعشرة دنانير معينة، ولـم يـدع عينـا غيرها، وله أموال كثيرة منها البعيد الغيبة، والأجل البطىء بيعه والدين المغيـب، فللورثـة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا ثلث الجميع.

وروى أصبغ عـن ابـن القاسـم فـى العتبيـة فيمـن لـم يـترك إلا ثـلاث دور وأرضًـا، وأوصى لرجل بخمسة دنانير: يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا لـه ثلـث الميـت، ولا يبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير، قال: وقاله مالك فيه وفى المال الغـائب والمفـترق، فعلى هذه المعانى الناقلة مع احتمال ثلث التركـة الوصيـة أربعـة: اثنـان، متفـق عليهمـا: كون المال غائبًا أودينًا.

ومعنى ثالث مختلف فيه على مـا تقـدم، وهـو أن تكـون الوصيـة عينًـا، وبـاقى المـال

عرضًا. ومعنى رابع، وهو أن تكون الوصية عينًا معينًا وباقى الوصية أصلاً ينتظر بيعه.

مسألة: ومن كان له زرع أخضر وثمرة صغيرة، وأوصى بوصايا يضيق عنها الثلث، وترك رقيقًا، فإن كانت الوصايا بمال، فليبع الرقيق ولا يوقف، ويعطى لأهل الوصايا ثلث ما نض، فإذا حان بيع الزرع والثمر بيع، فأخذوا ثلث الثمن.

وأما إن كان فى الوصايا عتق، فأوصى ببعض الرقيق لأحد، فلا يباع من فيه وصية، ويوقف، فإذا حل بيع الزرع بيع، ولا يقسم من المال شىء، ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة ذلك، فيقسمون بقية المال، ويبقى لهم الزرع.

ولو أوصى بعتق جميع الرقيق، لم يعتق أحد حتى يحل بيع الزرع فيباع، ويعتق منهم محمل الثلث، رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم.

قال أصبغ: إلا أن يطول أمد الزرع فى أول ما يبذره، ويتأخر عنه الأشهر الكثيرة، وفى ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد، فليعتق منهم ما حضر، ويرجأ الزرع.

وقد روى أشهب عن مالك فى الموازية فيمن أوصى بعتق عبده، وله مال حاضر وغائب، ولا يخرج من ثلث الحاضر أنه يوقف العبد حتى يجتمع المال، فيعتق. وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر اليسيرة.

وقال أشهب: بل يعجل من عتق العبد ما حمله ثلث الحاضر، ولو لم يحضر غيره، وكلما حضر بعد ذلك شىء زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤنس من المال، ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال ونحوه.

قال ابن القاسم: فى المدة البعيدة. قال سحنون: لو كان ما قاله أشهب لأخذ الميت أكثر من ثلثه؛ لأنه استوفى ثلث الحاضر، فصار باقى العبد موقوفًا على الورثة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: يصير حتى تباع العروض ويعطى، وكذلك إن أوصى له بعبد، لم يعجل حتى يعرف الورقة تجهيل المال بالقيمة. قال محمد: ليعرف خروجه من الثلث. وقال أشهب فى المجموعة: تباع له من ساعته إلا أن يكون ضرر، فيؤخر اليومين والثلاثة، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الثالث: فى المحاصة بالتعمير ومدته

قد قال مالك فى الذى يوصى بثلث ماله لزيد، وبخدمة عبده لعمرو ما عاش، ثم هو حر، والعبد ثلث مال الميت، فإن خدمة العبد تقوم. قال أشهب فى المجموعة والموازية: تقوم خدمته أقل العمرين على غررهما غير مضمونة، إن مات أحدهما قبل ما جعل له من التعمير، فما صار له، حاص به الذى أوصى بالثلث بمنتهى الثلث، فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو إجارته بقدر حصته، فإذا مات الموصى بالخدمة عتق العبد.

مسألة: ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، ثم هو حر، ولم يترك غيره، ولم يجز الورثة، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: يعتق ثلث العبد، وتبطل الخدمة. قال أشهب: كنت أقول يخدم بثلثه، فلانًا سنة، ثم هو حر كما يفعل ذلك، إذا كان العبد ثلث الميت، ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت، فكان مالك يقول القول الأول، ثم رجع مالك إلى هذا القول، وقاله ابن كنانة.

وجه القول الأول أن العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة، فإذا أعتق ثلثه أيضًا لم تخرجه الخدمة عما أوصى له به، ولا يزيده فى العتق إسقاط الخدمة، فلزمت ما أعتق منه.

ووجه القول الثانى أن الثلث إذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين، وذلك يقتضى إبطال الوصايا، وإذا لم يعتق من العبد إلا ثلثه، فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية، وذلك يوجب إنفاذ عتق ما حمل الثلث منه، ولا يصح ذلك إلا بإبطال الخدمة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن قدم التعمير المذكور فى الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره. روى أشهب عن مالك فى العتبية وغيرها: يعمرون سبعين سنة. وروى ابن كنانة عن مالك: ثمانين سنة.

وروى القاضى أبو محمد فى معونته عن ابن الماجشون: تسعين سنة. وروى على بن زياد عن مالك: يعمر أعمار أهل زمانه. وقال ابن المواز: التعمير فى المفقود من السبعين إلى المائة. وقال عبدالله بن عبدالله بن عبدالحكم: والمائة كثير.

وجه القول الأول أن السبعين هى نهاية العمر المعتاد غالبًا، وإنما يزيد على ذلك النادر، ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق فى ذلك، فيجب أن يراعى حق الجانبين.

ووجه القول بالثمانين أنه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه، وإن كانت وشذت، فإنما يكون فى حكم المرض، فكان حكم التعمير أولى بالثمانين.

ووجه القول بالمائة أنه على حكم الحياة إن غاب، فلا يقضى عليه بالموت إلا باليقين، أو ما يقوم مقامه من الأمر الذى لا يبلغه أحد فى زماننا، وهى المائة، وإن أدى بلوغه لأحد، فإنه لا يصح أو يشذ شذوذًا لا يرجى لأحد مثله، وقد تقدم فى المفقود من ذكر التعمير إذا أضيف إلى هذا بلغ منه المقصود، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وحكم التعمير أن ينظر كم مضى من عمره إلى يوم يستحق الأخذ من الوصية، وينظر كم بقى له من ذلك الوقت من التعمير، فيحاص بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا.

وإنما قلنا ذلك لأنه لا يدرى كم يعطيه، ولا كم يوقف له من الوصية إلا بهذا الوجه.

ولو أوقفنا له جميع التركة لأضررنا بالورثة، وأهل الوصايا، ولو دفعنا جميعها إلى الورثة، وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية، وأبطلنا مراد الموصى منها مع جوازها، فلم يكن يؤمن التعمير ليتوصل بذلك إلى استيفاء حقه من الوصية، وإيصال الورثة وأهل الوصايا إلى حقوقهم منه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أوصى له بالنفقة أو الخدمة عمره، فعمر وحاص أهل الوصايا بذلك، فهل يدفع إليه ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له؟ قال القاضى أبو محمد فى معونته: يوقف له ولا يدفع إليه.

ووجه ذلك أنه إنما يستحق ذلك الذى له، لكونه فى تلك المدة حيًا، وقد تخترمه المنية ذلك، وقد أتلف ما خرج له التعمير، وذلك ممنوع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن زاد عمره على ما عمر أو قصر عن ذلك، ففى الموازية والمجموعة عن ابن القاسم: ما بقى بعد انقضاء عمره، إلى أهل الوصايا يتحاصون فيه، ثم إن بقى منه شيء بعد تمام وصاياهم، رجع إلى الورثة، وإن فنى ما أصابه، وهو حى لم يرجع على أهل الوصايا بشىء، ولم يؤتنف له تعمير، وهو كحكم مضى. والقياس أن يؤتنف التعمير، ويرجع على أهل الوصايا.

قال ابن المواز: ولا يعتدل قوله إنه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه، إن فنى، وهو

حى لم يرجع عليهم، ولا أراه كله إلا من قول أصبغ، وما أصابه، فهو مال مـن مالـه لا مرجع فيه لأحد، ولا شك أن ابن القاسم إلى هذا رجع.

والقول الآخر فى ائتناف التعمير فى فناء ما أعطى قبـل موتـه أو موتـه قبـل أن يفنـى هو قول أشهب، وبقول ابن القاسم أقول.

* * *

الباب الرابع: فى تبدئة بعض الوصايا على بعض

قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة وغيرها: لا ينظر إلى ما قدمـه الميـت بـالذكر فى كتاب وصيته، وإنما يبدأ بالآوكد، إلا أن يكون قال كذا وكذا، فيبـدأ علـى مـا هـو أوكد منه، وفى هذا الذى قاله لا ينظر إلى ما قدمه الميت فى الذكر، وفى إطلاقـه نظـر، فقال ابن حبيب عن ابن الماحشون: إن ذلك فى ماله أن يرجـع عنـه. فأمـا مـا لا يرجـع عنه من عتق فى مرضه، وعطية بتلت، وتدبير فيه، فـلا يبـدأ بـالأوكد، ولكـن بـالأول. وهذا الذى قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر فى الصحة على صداق المريـض، لأن مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه، ويلزم على الإطلاق قوله فى العطية البتلـة، أن لا يقدم المدبر فى الصحة على وصيته فى الصحة بعتق عن قتـل خطـأ أو ظهـار؛ لأن ذلـك مما ليس له الرجوع عنه، ألا أن يريد بذلك ما يلزمه، فتتعين المطالبة به، فيلزم على ذلـك مدبر الصحة كل وجه.

وقال ابن حبيب بأثر ذلك: ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة، وقال: زيدوا علـى ذلك عشرين دينارًا، أوصيت بها لفلان لنذبت. قال: وقالـه أصبـغ، فذهـب فـى اللـزوم ومنع التبدئة إلى ما بتل من عتق أو عطية، وقد تقدم له أنه يمنع ذلك.

وإن شرط التبدئة في تدبير المرض، فحصل من هذا أن المدبر والموصـى بعتقـه سـواء، ولا يكاد يتحصل له أصل إلا على ضعف، وهذه الزكاة التى أوصى بها فـى الصحـة أو فى المرض قبل عتق بتل أو معه فى لفظ واحد.

فأما إن بتل عتق عبده، ثم أوصى بزكاة، فرط فيها، فليس له ذلك، قالـه ابـن المـواز، ورواه ابن وهب وابن القاسم فى المجموعة عن مالك علـى الإطـلاق أن الزكـاة مقدمـة على عتق البتل، والتدبير فى المرض.

وفسره سحنون، فقال: هذا إن كانت الوصايا معًا، أو كانت الوصية بالزكاة قبل.

وقال ابن القاسم في المجموعة: إن برئ المريض فدبر عبدًا، ثم بتل عتق آخر بدئ بالتدبير، ولو بدأ بالعتق لبدئ العتق؛ لأنه قد ثبت لهما من الثلث ما لا يرجع فيه، فهما متفقان في الموت. قال ابن المواز: ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه، فجعل التقديم في المرض وجهًا من الترتيب على الإطلاق، ويلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة.

وقد قال أشهب في المجموعة: إذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد، وإن كان التدبير بعد ذلك، فالزكاة والكفارات مقدمة عليه. قال هو والمغيرة: وإذا دبر عبده، ثم أوصى بزكاة وكفارات أيمان، قدم المدبر، فراعى التقديم في الوصية باللازم وإنما راعى التأكد في اللفظ الواحد، وما كان في حكم اللفظ الواحد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث. فقال العتبي وابن المواز: يبدأ بصداق المريض. قال أشهب عن مالك في العتبية: وإن كان أكثر من صداق مثلها.

واختلف قول ابن القاسم فيه. وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة. قال ابن المواز: وبه قال مالك وأصحابه. قال العتبي وابن المواز: وقدم الصداق أخرى، وبه قال عبدالملك في المجموعة. وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة: يسوى بينهما بالمحاصة.

فوجه القول بتقديم الصداق؛ لأنه مختلف في كونه من رأس المال. وقال ابن الماجشون في المجموعة: هو كالجناية. ووجه آخر أنه إن صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا ينتقل من الثلث.

ووجه القول الآخر أنه أمر لزم في الصحة، فكان مقدمًا على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض.

مسألة: فإذا ثبت تقديم هذين الاثنين، فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث إلا ما قاله أشهب في المجموعة، وهو ما قدمنا ذكره أن الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير.

وجه قول مالك وأصحابه أن التدبير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعتق تأثير في التقديم.

ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع، فكانت مقدمة على ما يلتزمه المرء من نفسه، ولذلك قدم على سائر الوصايا.

فرع: إذا ثبت تقديم الصداق والمدبر، فقد قال ابن المواز: تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة. وقاله ابن القاسم فى الموازية والعتبية.

وقال مالك: الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وإبتال فى المرض ووصيته، يريد بذلك إذا أوصى بها. وروى البرقى عن أشهب: أن العتق، يريد المعين، يقدم على الزكاة، والزكاة تقدم على الصدقة.

قال محمد: وقول ابن القاسم أحب إلينا. وقال ابن الماجشون فى الواضحة: إذا أوصى بوصايا بزكاته لعامه أو لعام فارط وزكاة فطره، وكفارة ظهار، وقتل وجزاء صيد، وكفارة أيمان، وما بتل فى مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عمن ليس بولد، فذلك مبدأ على الزكاة يوصى بهما، مما قد فرط فيهما، وعلى غير ذلك من الوصايا.

وكذلك المدبر فى المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها إذا أوصى بها، فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض، وتقدم هى على الوصايا.

وجه القول الأول أن الزكاة إقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع، فكان مقدما على ما ثبت من فعل، وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم ما وجب منها بالشرع آكد مما أوجبه هو على نفسه.

وقد قال ابن حبيب: إن المبتل فى المرض يقدم على الزكاة؛ لأنه لو شاء قال: لم تكن علىَّ زكاة، وقاله كله مالك، فقد كنت أقول إنه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم، وذلك يقتضى ضعفها عنده لما كانت مصروفة إلى أمانته، وهذه صفة تتساوى الوصية بها حال الصحة، وحال المرض، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا بتقديم الزكاة، ففى كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء، يحاص بينهما عند ضيق الثلث، ويبدأ ذلك على زكاة الفطر؛ لأنها سنة. وقال أشهب: تبدأ زكاة المال، ثم زكاة الفطر.

وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال، وزكاة الفطر سواء.

وجه قولنا بتقديم زكاة المال أنها واجبة بنص القرآن، فكانت أقوى مما ثبت بأخبار الآحاد.

ووجه القول الثانى أنهما زكاتان واجبتان، فلم تقدم إحداهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية.

مسألة: فإذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر، على مذهب ابن القاسم، فقد قال فى كتاب ابن المواز: ثم بعدها عتق الظهار، وعتق القتل على وجه الخطأ.

وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع، وأيضًا فإن لهذا العتق بدلا يجزئ عنه عند عدمه ولا بدل للزكاة فكانت آكد وهذا فى قتل الخطأ.

وأما قتل العمد، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن كفارة الظهار مقدمة، إذ ليست بواجبة فى العمد، وسيرد بيان نفى وجوبها فى الجنايات إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت ذلك، وضاق الثلث عن العتق لهما، فإن كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل، ويطعم عن كفارة الظهارة نفذ ذلك إذ لا إطعام فى القتل، ولو لم يكن فى الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيهما شاءوا.

وقال أصبغ: أحب إلىّ أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال، فيطعم عنه، فإن أيس من ذلك، فعن أيهما شاءوا، وهذا قول آخر فى المساواة بينهما غير رواية القرعة، وغير رواية المحاصة، وهى رواية تخيير المنفذ لوصية فى أن يخرج الرقبة عن أيهما شاءوا.

وأما قوله: يطعم عن كفارة الظهار، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: إنها رواية مبنية على تقديم عتق القتل، فإن بقى بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه، أطعم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن ينتقل الفرض إليه لتعذر الصيام والعتق. وقد قال ابن كنانة: من أوصى بعتق عن ظهار، فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه.

وفى كتاب ابن المواز: ثم الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام، ثم إطعام الظهار، فأشار إلى أنها إذا انتقلت إلى الطعام لنقص حصتها من الثلث عن العتق، نقصت رتبتها عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق فى الوصية.

فرع: قال ابن القاسم فى المجموعة: فإن لم يبلغ إطعام ما بلغ، وإن زاد على الستين أعين به فى رقبة.

ومعنى ذلك أنه لما لم يطعم فى كفارة أكثر من ستين، وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان استيعاب ذلك أولى، ولا يمكن ذلك إلا بالعون فى رقبة، وإنما قال ذلك لأن حكم الوصية أن لا تبطل بالتبعيض، وقيل لابن القاسم: إن لم يوص إلا بكفارة قتل، فضاق الثلث عنها أيرجع إلى الورثة؟ قال: لا، قيل: يعان بها فى رقبة. قال عيسى: قال أصبغ: يعان بها.

فصل: وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما، وقد ذهب بعض القرويين إلى أن معنى التحاصص بينهما، أن ما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل أعين في رقبة، وهذا أشبه المحاصة، وعندى أنه يقسم ما أصاب الرقبتين بينهما نصفين والله أعلم.

وقد اختلف قول ابن الماجشون فى ذلك، فقد ابتدأ بالقتل، وقال: يحاص بينهما. وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم: يقرع بينهما، وبه قال أبو العباس الإبيانى.

مسألة: قال فى كتاب ابن المواز: ثم إطعام الظهار، ثم كفارة الأيمان، وإنما قدمت عليهما كفارة القتل والظهار؛ لأن العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه إلا مع القدرة عليه، وكفارة الأيمان على التخيير وللعتق تأثير فى التقديم، فما كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم.

فرع: وقد روى عن مالك أنه إنما يبدأ بكفارة الأيمان إن كانت عليه فيما علم، فأما إن أوصى بها تنحيًا أو تحرجًا، فلا تبدأ هذه، وهى كالوصايا بالصدقة.

مسألة: ثم كفارة الفطر فى رمضان، وإنما قدمت عليها كفارة الأيمان، لأن كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر فى رمضان ثابتة بخبر آحاد.

مسألة: ثم كفارة التفريط فى قضاء رمضان، وإنما قدمت عليها كفارة الفطر؛ لأنها ثابتة بالنص وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد، على أن قولنا إن أخبار الآحاد مقدمة على القياس.

وأما على قول القاضى أبى بكر أنهما يتساويان فيجب أن يتحاصا، وقد رأيت أبا محمد عبدالحق ذكر تأثير كفارة الفطر والنذر، ولم يذكر كفاره تفريط القضاء، ولعله ذهب إلى أن حكمها حكم كفارة الفطر، والله أعلم وأحكم.

واختلف قوله فيها، فقال: يتحاصان. وقال: يبدأ بكفارة القتل، إذ للكفارة للظهار بدل.

قال ابن الماجشون فى الواضحة بالقولين. وقال أبو محمد بن عبدالحق: وروى عن أبى العباس أنه يقرع بينهما. وقد قيل أنه معنى ما فى المدونة: وهذا الذى ذكره لأبى العباس فى المجموعة لابن القاسم.

مسألة: قال ابن القاسم فى الموازية: بعد عتق القتل والظهار، ثم العتق البتل فى المرض والتدبير فى المرض.

وقال في المجموعة: ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق، ثم الإطعام، ثم كفارات الأيمان، وهو الأول الذى أورده عند الاستيعاب، وإنما قدمنا عليه ما يقدم؛ لأنها كلها أمور لازمة لأسباب موجبة، ووجدت الوصية بها قبل العتق فى المرض والتدبير والعتق وغيره.

وقال ابن القاسم فى الموازية: إن المدبر فى المرض والمبتل فيه يبدأ. وقاله فى غير الموازية. وقال مطرف: المبتل فى المرض يبدأ على المدبر فيه، والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحاصان. وقاله مالك فى المدبر والموصى بعتقه.

وجه التسوية بين المدبر والمبتل فى المرض أنهما لا يصح الرجوع عن أحدهما، وبذلك فارقا الموصى بعتقه.

ووجه قول مالك ومطرف أن المدبر والموصى بعتقه لا يخرج من رأس المال بإفاقة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بإفاقته. قال ابن حبيب: ويبدأ العطية فى المرض على الموصى بعتقه بعينه.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالإفاقة.

وفى الموازية: اختلف قول مالك فى تبدئة العتق البتل والتدبير فى المرض على الموصى بعتقه، فقال: يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعتقه، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب.

وقال أشهب: يتحاصون، وبلغنى أن هذا آخر قول مالك.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب أنه قال: الموصى بعتقه والمبتول فى المرض والمدبر يتحاصون. واحتج مالك للقول الأول بما تقدم، واحتج أشهب للقول الآخر أنه كأنه قال: أنتما حران إن مت، فإن عشت، فأنت يا فلان لأحدهما حر، فلم يفضله عليه فى موته.

قال ابن المواز: وبالقول الأول أقول لأنه قال له: إن مت، فأنت حر، وإن عشت، فأنت حر، فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب، لأنه لو شاء باعه فى مرضه ويبقى قوله أن عشت، فأنت حر، فيلزمه إن عاش، ولو كان بتل عتقه فى مرضه ثم اذان دينًا، ثم صح لنفذ عتقه، وكان عندى لا يكون له الرجوع فى عتقه فى مرضه.

فرع: ومن تصدق فى مرضه على رجل بتلها لـه، وأوصـى بوصايـا، فقـد روى ابـن وهب عن مالك فى الموازية: أن صدقة البتل مقدمة.

وقال ابن دينار: وتقدم أيضًا على الوصيـة بعتـق معين؛ إذ لـه أن يرجـع عنـه، وقالـه المغيرة فى المجموعة وعبدالملك قال سحنون: كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: إذا بتل فى مرضـه عطيـة أو صدقـة أو حبسًـا أو ساق عمن ليس بوارث صداقًا، فذلك مبدأ على عتق الوصية.

قال الشيخ أبو محمد: يريد بعينه، وعلى غير ذلك من الوصايا إلا عتـق البتـل، فـالعتق أولى وهما أولى من المدبر فى المرض، والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها.

وروى ابن القاسـم عـن مـالك أنـه توقـف فـى تبدئـة الصدقـة البتـل علـى الوصايـا، وكذلك فى العتبية، ويبدأ أحب إلىَّ، وأما على العتق بعينه، فلا ، ويبدأ العتق.

فرع: وهذا كله إذا كان فى لفظ واحد، وما حكمه حكم اللفظ الواحد، فقـد قـال فى الموازية والمجموعة والعتبية: إذا كان أمرهما فى كلام واحد فى مرضه، فقـال: هـذا مدبر، وهذا أحرّ بتلاً تحاصا بعد موته، قاله ابن القاسم.

ولو بدأ فى مرضه فدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا، ثم دبر هذا، بدئ بـالأول؛ لأنـه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى بعتقه.

فرع: قال أشهب فى المجموعة: والكلام المتصل لا صمات بينـه، وهـو معنـى قولنـا فى لفظ واحد.

وقال ابن القاسم فى الواضحة: ما كان فى كلمة واحدة، وفـور واحـدة فهمـا معًـا، وأما ما كان فى فور بعد فور، فالأول مبدأ.

مسألة: والعتق الموصى بـه يتسـاوى فيـه العبيـد، إن بـدأ بذكـر بعضهـم قبـل بعـض، وأما إذا بتل فى المرض، فبدأ بواحد قبل واحد، ودبر كذلك بدئ بالأول، ثم الذى يليـه ما لم يكن كلامًا متصلاً، وذلك بأن يقول فلان حر بتلا، ثم يسكت سكوتًا، يعلـم أنـه لـم يـرد غـيره ثـم يـبدأ فيبتـل غـيره، فهـذان يتحاصـان، ولـم يختلـف فيـه قـول مـالك وأصحابه.

مسألة: ولو بتل عتق عبد فى مرضه، ثم بتل مـن آخـر نصفـه، ففـى المجموعـة لعبـد الملك يبدأ الذى بتل عتقه على النصف الذى لم يتمه؛ لأن ذلك أنما يستتم مـن ثلثـه بعـد

موته، ولو صح ثم مات لم يستتم عليه، والعطية البتل تقدم علـى استتمامه، واستتمامه مقدم على الموصى بعتقه؛ لأن له الرجوع عنه، وهذا شيء يلزمه.

مسألة: وأما عتق البتل وعطية البتل في المرض، فقد قال عبدالملك فـي المجموعـة: إن العتق يقدم على العطية. قال أشهب وعبدالملك: إن كان عتقه وعطيته يعنى المحاباة فـى البيع، وقعا معًا فإما أن يبدأ بأحدهما، فهو المبدأ.

مسألة: ثم الموصى بعتقه معينًا، يقدم على سائر الوصايا، قاله مـالك، قـال أشـهب: وإنما يقدم العتق بعينه؛ لأن من أعتق شخصًا من عبد اسـتتم عليـه، ولا يفعـل ذلـك فـى صدقة ولا غيرها. قال أشهب وغيره عن مالك: إنما يبدأ على الوصايا العتـق بعينـه كـان في ملك أو غير ملك، وما لم يكن بعينه فلا تبدئة له. قـال أشـهب: لأنهـا بمـال. وقـال ابن أبي حازم: لا يبدأ إلا ما كان في ملكه.

وجه القول الأول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بهـا كـالتي فـى ملكه.

ووجه القول الثاني أنها رقبة لا تختص بملكه كالتي لم تعين.

فرع: فإذا قلنا بتقديمها على الوصايا، فإن اجتمعا، ففي الموازية عـن مـالك وأشـهب وعبدالملك: قدمت التي في ملكه. وقال ابن القاسم في المجموعة عن مالك: يتحاصان.

واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا إلا من شذ أن التي في ملكه تبدأ علـى الوصايا، وأكثرهم لا يبدؤون التي في غير ملكه على الوصايا، واحتـج لذلـك عبدالملـك أنه يبدأ التي في ملكه، فتتم حريته، ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره.

وجه رواية ابن القاسم أنهما معينان كما لو كانتا في ملكه.

فرع: والرقبة التي في ملكـه والمسـماة إن دخلهـا عـول، عتـق منهمـا مبلـغ الثلـث، والذي بغير عينها إن دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة، فإن لـم يبلـغ أعـين بهـا فيمـا يصير حرًا كله، قاله ابن وهب في المجموعة.

مسألة: وإن أوصى بعتق أحد أعبده ناجزًا، وبعتـق الآخـر إلى أشـهر، فقـد قـال ابـن القاسم وأشهب في الموازية: يتحاصان فيما قرب من الأجل، ويقدم البتل فيما بعد منـه، واختلف في تقدير القرب، فقال ابن القاسم: الشهر قريب. وقال أشهب: الشـهر كثير إلا أن يكون اليوم واليومان.

مسألة: وإن أوصى أن يعتق أحد عبديه إلى أجل، وأن يكاتب الآخر، ففى المجموعة لابن القاسم: يتحاصان.

وقال فى كتاب ابن المواز: يتحاصان إذا كان الأجل سنة. وقال عبدالملك: يبدأ بالمؤجل. قال فى الواضحة: وإن كان أجله بعيدًا كالسنة والسنتين.

وفى المجموعة: إن كان إلى أجل طويل، فإنهما يتحاصان، فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به، وتسقط الخدمة والكتابة، وهما مبدآن على رقبة غير معينة، كان ذلك فى كلمة واحدة أو فور بعد فور.

قال عبدالملك فى المجموعة: ولا يدخل المكاتب فى شىء من خدمة المؤجل. قال ابن عبدوس: احتج بشىء، فظن أن معناه أننا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة منا للمكاتب.

وجه قول ابن القاسم أن كل واحد منها انعقد فيه عقد يفضى إلى العتق، واقترن به أجل وللمكاتب مزية، فإنه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله، فأقل ما يقضى ذلك أن يقدم عليه العتق المؤجل، واحتج ابن المواز للقول الآخر أنه عتق بتل، ولا يخاف عليه عجزه.

مسألة: ومن أوصى بعتق مكاتبه، وبعتق عبده، تحاصا؛ رواه فى الموازية أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أن هاتين وصيتان بعتق فى معين، قال ابن القاسم عن مالك: ولو أوصى بعتق مكاتبه، ولمكاتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب.

مسألة: ومن أوصى أن يباع عبده للعتق، فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك: أنه يوضع من ثمنه ثلثه، ويقدم على الوصايا.

مسألة: قال أبو محمد عبدالحق: ثم النذر مثل قوله: لله على أن أطعم ستين مسكينًا، على ما يذكر عن أبى موسى بن مناس، وذهب هو، وبعض شيوخ بلده إلى قول أبى موسى فيمن نذر فى مرضه، وقول الشيخ أبى محمد فيمن نذر فى صحته، ثم قال: بعد النذر الوصية بعتق عبد معين وبمال وبالحج.

مسألة: وإذا أوصى بالحج، وبعتق رقبة معينة، ففى الموازية: يبدأ بالعتق، وإن كان تطوعًا، والموصى ضرورة، وقاله أشهب، ورواه عن مالك، وقاله ابن كنانة، وابن

القاسم، ورروياه عن مالك، وانفرد ابن وهب، فقال: يقدم الحج للضرورة على الرقبة المعينة.

مسألة: وإذا كانت الرقبة غير معينة، فقد قال ابن القاسم فى كتابه: يقدم على الضرورة، وإن كان العتق غير معين. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: كل شىء من الوصايا مبدأ على الضرورة. وقال أشهب: يقدم الحج الضرورة على غير المعين. وقاله ابن وهب فى الواضحة.

وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يحاصص بحج الضرورة أهل الوصايا والعتق الذى ليس بمعين.

ففى هذا ثلاثة أقوال، قول ابن القاسم فى كتابه: يقدم العتق. وقول أشهب، وابن وهب يقدم الحج. ورواية ابن المواز: يحاص بينهما، وقاله ابن كنانة.

وجه القول الأول أن العتق مندوب إليه، وليس فى الوصية بالحج للضرورة وغيره غير الإنفاق، فإن الحج واقع على من يحج دون الموصى، ويحتمل أن يكون قول اشهب مبنيًا على أن الحج تدخله النيابة، ويكون الحج للموصى، ولذلك شرط الضرورة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان الحج عن غير ضرورة، فعلى قولنا إن العتق يقدم على الضرورة فبأن يقدم على غير ضرورة أولى، فإن قلنا لا يقدم على الضرورة، فقد قال أشهب: إن لم يكن ضرورة بدئ بالعتق الذى ليس بمعين والوصايا كلها على الحج.

وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه: يبدأ كل شىء على الحج غير الضرورة. وقاله ابن القاسم. وقال ابن حبيب: الرقبة التى ليست بمعينة، وحج غير الضرورة، والوصايا فى الثلث شرعًا سواء، وقاله أشهب.

وهذا الذى ذكروه من تقديم الوصايا على الحج، إنما مقتضاه أن مالكًا كره الوصية بالحج ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها. وفى الموازية: إذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل من بعض، فلا تبدئة فيه، وإنما هى فى العتق.

قال مالك: ومن قال: ثلثى فى المساكين وفى سبيل الله وفى الرقاب، ولفلان مائة دينار، تحاصوا، سواء شيئًا من ذلك فى كتابه وبلفظه حتى يقول بدؤوا كذا على كذا، فيبدأ ما علم أنه لا تأثير للفضيلة فى التقديم، وإنما التأثير لكونه أوكد وألزم.

وقد روى فى المجموعة ابن القاسم وأشهب عن مالك: أنه ليس ما ذكره الموصى فى وصيته مبدأ وأنما يبدأ الأوكد فالأوكد، وإن تأخر ذكره إلا أن يقول بدؤوا كذا فيبدأ فعلى هذا إنما تبدأ الوصايا على الحج لكراهية الوصية لا لأن سائر الوصايا أفضل منه. وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلأن بعضها أفضل من بعض وليست بأوكد، فلما تساوت فى التأكيد وجبت المحاصة.

فرع: إذا قلنا بالمحاصة، فإنه يحج بما وقع للحج الضرورة من حيث بلغ، قاله ابن القاسم.

ووجهه أن ذلك تبعض طريقه ولا تتبعض مناسكه، فإن إمكن أن يحج بما أبرزت له المحاصة، ولو من مكة نفذت الوصية، وإن قصر عن ذلك.

قَالَ يحيى: وسَمِعْت مالكا يَقُولُ: فِي الَّذِى يُوصِى فِى ثُلُثِهِ فَيَقُولُ: لِفُلان كَذَا وَكَذَا وَلِفُلان كَذَا وَكَذَا، يُسَمِّى مَالا مِنْ مَالِهِ، فَيَقُولُ وَرَثَتُهُ: قَدْ زَادَ عَلَى ثُلُثِهِ، فَإِنَّ الْوَرَثَةَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ، وَيَأْخُذُوا جَمِيعَ مَالِ الْمَيِّتِ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْسِمُوا لأهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ، فَيُسَلِّمُوا إِلَيْهِمْ ثُلُثَهُ، فَتَكُونُ حُقُوقُهُمْ فِيهِ إِنْ أَرَادُوا، بَالِغًا مَا بَلَغَ[1].

الشرح: وهذا على ما قال أنه إذا كانت وصاياه كلها صدقة، فإن كان جميع من أوصى لهم معينين، وذكر لكل واحد منهم عددًا منصوصًا عليه لم يزد عليه، ولم ينقص منه إلا أن تنقصه المحاصة لضيق الثلث، وإن كان فى بعض اللفظ إشكال، ففى الموازية فيمن أوصى، فقال: لزيد عشرة، ولعمرو ولخالد عشرة، أن للأول سبعة ونصفًا، وللثالث سبعة ونصفًا وللأوسط خمسة.

ووجه ذلك عندى أنه لو قال: لزيد عشرة، ولعمرو، لكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة. ولو قال ابتداء: لعمرو ولخالد عشرة، لكان بينهما فلما قال: لزيد عشرة ولعمرو ولخالد عشرة، قال زيد لعمرو: إن كان أراد الموصى أن العشرة التى أضافها التى بينى وبينك، فالخمسة لى، والخمسة لك، وإن كان أراد أن العشرة التى أضاف إلى خالد، وبينك وبينه، فلا شىء لك من الخمسة التى أضاف إلى، والعشرة كلها إلىّ، والخمسة خالصة لى على الوجهين والمنازعة بينى وبينك فى الخمسة الثانية،

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٧/٢٣.

فصفها لك ونصفها لى مع الخمسة، فيكون لزيد سبعة ونصف، ولعمرو اثنان ونصف، ثم يقول له خالد مثل ذلك، فيصير له أيضًا منها اثنان ونصف ولخالد سبعة ونصف، فعلى هذا يجرى فيها القول.

مسألة: ومن أوصى، فقال لفلان مائة، ولم يقل من أى شيء، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى: أن مالكًا رأى أن له مائة درهم. وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: إن كان فى بلدة الغالب عليها الدنانير، فله دنانير، وإن غلب فيها الدراهم، فله دراهم، فإن كان فيها الأمران، فله دراهم، وهى الأقل حتى يوقن أنه أراد الأكثر، أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار، ولفلان عشرة دنانير، ولفلان مائة، فيكون له مائة دينار. وفى الواضحة عن أصبغ: لو قال: أعطوه طعامًا، ولم يقل قمحًا ولا شعيرًا، فليعط من القمح؛ لأنه الغالب فى الناس.

ووجه ذلك الاعتبار بالعرف، وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة، فإذا عدم العرف، فغيره من الأدلة، وذلك بأن يحمل السهم على أقرب مذكور، ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير، ولفلان مائة، والظاهر أنه أراد مائة مما عطفت عليه إن كان جنسًا واحدًا، فإن كانت أجناسًا، فأحسن ذلك به ما هو أقرب عليه.

مسألة: ولو أوصى له بشاة من ماله، فإن لم تكن له غنم، فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم، وإن كان له غنم، فهو شريك بواحدة فى عددها، ضأنها ومعزها، ذكورها وإناثها، وصغارها وكبارها، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك ما رواه القاضى أبو محمد أن ذلك عدل بين الورثة، والموصى له، وذلك أن الورثة يقولون: نعطى أدونها، والموصى له يطلب أرفعها، فإن كانت شياهه عشرة، فله عشرها بالقيمة لأن الواحد من العشرة عشرها، وربما أصابه فى القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة.

فإن ماتت كلها إلا شاة واحدة، فهى له إن حملها الثلث، وإن ماتت خمسة منها، وبقيت خمسة، فله خمس الباقية، وإنما الاعتبار بما يبقى عند القسمة، وما تلف قبل ذلك، فكأن الميت لم يتركه، قاله فى الموازية.

مسألة: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد، أوصى له بجميع المال، ولو كان ابنان، فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب. وقال أبو حنيفة والشافعى: يجعل الموصى له كأنه ابن آخر، فله مع الابن الواحد النصف، ومع الابنين الثلث.

قال القاضى أبو محمد: ودليلنا على ما نقوله أنه إذا قال له: أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى، فقد أحاله على العدد الذى أوصى له به، ولا خلاف أن نصيب ابنه جميع المال، ونصيب أحد ابنيه النصف، فيجب أن يكون له ذلك مقدمًا على الميراث.

فرع: ومن أوصى لرجل بمثل نيب أحد بنيه، ففى الواضحة من قول مالك: إن كانوا ثلاثة، فله الثلث، وإن كانوا أربعة، فله الربع، وإن كان مع البنين ورثة غيرهم، عزلت مواريثهم، وقسمت ما يصيب البنين عليهم، ويكون له مثل نصيب أحدهم.

وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته، وهم عشرة أولاد، ذكور وإناث، أو ذكور كلهم، فله عشر ماله.

قال أصبغ فى كتاب ابن المواز: إن أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه، أو قال هو كبعض ولدى أو كأحدهم، فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم.

قال مالك: إذا قال: بمثل نصيب أحد ورثتى، وهم رجال ونساء وزوجات وأم، فإنما ينظر إلى عدد من يرثه، فإن كانوا عشرة، فله العشر.

قال القاضى أبو محمد: لا ينظر إلى اختلاف فروضهم؛ لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها، لم يكن الأكثر أولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالعدد.

فرع: وإن كان ولده بنات، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه فى الموازية: يقسم ماله على الفرائض، فكان مثل سهم بنت من بناته، فإن كان بناته أربعًا، فله ربع الثلث، فإن كانوا ثلاثًا، فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما بقى، فيقسم باقيه على الفرائض.

مسألة: وإذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم، ولم يعينه، ثبت له جزء من ماله مقدر خلافًا للشافعى فى قوله: يدفع إليه الورثة ما شاءوا.

والدليل على ما نقوله أن الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدر وتقدير غير معين، فكأنه أوصى له بمقدار، فيجب أن يطلب ما هو أولى به، وإذا رد ذلك إلى اختيار الورثة أعطوه الشئ اليسير الذى لا قدر له، وفى ذلك إبطال الوصية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقال أصبغ وابن المواز: له سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه من عدد السهام، كثر ذلك الجزء أو قل.

قال القاضى أبو محمد: ومن أصحابنا من قال: يعطى الثمن، وهذا رواه ابن المواز

عن ابن عبدالحكم أنه قال: اختلف فيه، فقال: له الثمن؛ لأنه أقل سهم ذكره الله فى الفرائض، وقيل يعطى سهما مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت، وقيل يعطى سهمًا من سهام الفريضة، إن كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم تجاوز الثلث، فيرد إلى الثلث إذا لم يجز الورثة.

فإن انقسمت من أكثر من ستة، فلا ينقص من السدس؛ لأنه أصل ما تقوم منه الفرائض. قال ابن المواز: وأحب ذلك إلىّ، وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبدالحكم أن له سهمًا تنقسم عليه فريضته، قلت السهام أو كثرت، ومنهم من قال: يعطى السدس. وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة، إلا أن يزيد على السدس، فيعطى السدس.

فرع: فإذا قلنا يعطى مثل السهم الذى تنقسم عليه الفريضة، فكان أصل الفريضة من ستة، وهى تعول إلى عشرة. قال ابن القاسم فى العتبية: له سهم من عشرة.

ووجه ذلك أنه أقل سهام تلك الفريضة.

مسألة: ومن أوصى بوصايا، وقال مع ذلك: أوقدوا فى هذا المسجد مصباحه، ففى المدونة: يحاص المسجد بالثلث، وبالوصايا بما سمى لها، فما صار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفنى. قال سحنون: وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول: اسقوا الماء، وأعطوا المساكين درهمًا كل يوم، فكأنه أوصى بثلثه لما لم يوقت.

فرع: وإذا أوصى بمجهولات، ففى المجموعة لابن الماجشون أنه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا، وكأنها صنف واحد.

ووجه ذلك أنها وصية مجهولة، فسواء كانت فى شىء واحد أو فى أشياء كثيرة كما لو قال: انفقوا على المسجد، ولم يعين وقيدًا ولا كسوة، ولا بنيانًا لضرب له بالثلث، وجاز صرفه فى هذه الوجوه كلها.

مسألة: وإذا أوصى بثلث ماله لفلان، وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد. قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: على قدر حاجته وحاله، ولا يعطى النصف، وقال أشهب فى الموازية والمجموعة، فيمن قال ثلثى لفلان وبنى فلان ففلان كرجل من بنى فلان: يأخذ كأحدهم. وقال أبو حنيفة فى الذى أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين: لفلان الثلث، وللفقراء الثلث، وللمساكين الثلث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلو مات فلان قبل القسمة، فلا شيء لورثته، والثلث للمساكين، قاله محمد.

مسألة: وهذا إذا جعل في وصيته معينًا، وغير معين، وإن كان كلهم غير معين، فقد قال ابن القاسم في الموازية: من قال: ثلثي لقرابتي، وللمساكين، يعطى قرابته نصفه، ولا يعطى أغنياؤهم، وليكن بين فقرائهم بالاجتهاد. قال ابن القاسم: وبلغني عن مالك فيمن أوصى بثلثه في السبيل والفقراء واليتامى، يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثًا.

قال أشهب: ومن قال: ثلثي بين بني إخواتي، وبين بني أختي، وبين بني فلان، فلا يكون بينهم أثلاثًا، ولكن على قدر الحاجة والعدد، وقاله ابن القاسم، وليس كالقائل ثلثي لفلان وفلان، وأحدهما فقير، والآخر غني، فالثلث بينهما نصفان.

فصل: وقوله: «**فيقول ورثته: قد زاد على الثلث**» أضاف القول إليهم؛ لأن القول في ذلك قولهم: إذا لم يثبت له من المال إلا ما أظهروه. قال: فيخير الورثة بين أن يعطوا أهل الوصايا على ما ذكرت، إن فسرت الوصايا أو أجملت، ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصى بها أو دين**﴾ [النساء: ١١].

فإن أبوا ذلك قسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت، وسلموه إليهم فتتعين حقوقهم فيه، سواء كان ذلك الثلث، قليلاً أو كثيرًا، وإنما كان الخيار للورثة؛ لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث إلى الزيادة عليه، فكان للورثة أن يجيزوا ذلك، ويمنعوا لتعلق حقهم به؛ لأن الموصى إنما منع من الزيادة على ذلك لحق الورثة، ولذلك قال ﷺ: «الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»(*) والله أعلم وأحكم.

فلما كان لهم منعه من الزيادة على الثلث كان للموصى له أن يستوعب الثلث الذى كان للميت أن يوصى به، وليس للورثة منعه منه، والله أعلم.

* * *

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

أَمْرُ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ وَالَّذِى يَحْضُرُ الْقِتَالَ فِى أَمْوَالِهِمْ

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِى وَصِيَّةِ الْحَامِلِ وَفِى قَضَايَاهَا فِى مَالِهَا، وَمَا يَجُوزُ لَهَا أَنَّ الْحَامِلَ كَالْمَرِيضِ، فَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْخَفِيفُ غَيْرُ الْمَخُوفِ عَلَى صَاحِبِهِ، فَإِنَّ صَاحِبَهُ يَصْنَعُ فِى مَالِهِ مَا يَشَاءُ، وَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ لِصَاحِبِهِ شَيْءٌ إلا فِى ثُلُثِهِ. قَالَ: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْحَامِلُ أَوَّلُ حَمْلِهَا بِشْرٌ وَسُرُورٌ وَلَيْسَ بِمَرَضٍ وَلا خَوْفٍ؛ لأنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِى كِتَابِهِ: ﴿فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ﴾ [هود: ٧١] وَقَالَ: ﴿حَمَلَتْ حَمْلا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٨٩] فَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ إِذَا أَثْقَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ إِلا فِى ثُلُثِهَا، فَأَوَّلُ الإتْمَامِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِى كِتَابِهِ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَالَ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فَإِذَا مَضَتْ لِلْحَامِلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمَ حَمَلَتْ، لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ فِى مَالِهَا إِلا فِى الثُّلُثِ[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قاله أن الحامل كالمريض، فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف، فقد روى ابن وهب عن مالك فى الموازية فى الأجذم والمفلوج وأهل البلاء، أنهم كالصحيح إلا فيما يخاف عليهم منه.

وقال عثمان بن عيسى بن كنانة فى الأمراض الطويلة كالفالج والجذام والبرص والجنون وحمى الربع وشبهه: إن هذا كالصحيح فى أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح، وكذلك كل ما كان خفيفًا لا يضجعه حتى لا يخرج.

وقد شاور قاضى المدينة العلماء فيمن به ريح يدخل ويخرج، وهو مضرور معتل مصفر، يمشى أحيانًا الأميال، فأجازوا فعله فى النكاح والطلاق وغيره، ورأوه كالصحيح.

وروى ابن المواز عن مالك فى الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم إلا بين اثنين،وقد احتبس فى المنزل: فعله جائز إلا أن يأتى من ذلك ما يخاف عليه، فيكون كالمريض، والله أعلم وأحكم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٦٧.

فصل: وأما إن كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج إلا خروجًا يريد به أن يغض فعله، فإن أفعال هذا فى الثلث، قاله ابن كنانة، فكذلك أول حمل المرأة خفيف، وألمه لطيف، قال الله تعالى: **﴿حملت حملا خفيفًا فمرت به﴾** [الأعراف: ١٨٩]، والغالب عليه البشارة والسرور، قال الله تبارك وتعالى: **﴿فبشرناها بإسحاق ومن وراء إسحاق يعقوب﴾** [هود: ٧١]، فإذا مضت له ستة أشهر، فهو أول الأثقال، قال الله تعالى: **﴿حملت حملاً خفيفًا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين﴾** [الأعراف: ١٨٩].

وذلك أنه وقت يصح فيه الوضع، قال الله تعالى: **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا﴾** [الأحقاف: ١٥]، والفصال الرضاع، وقال تعالى: **﴿يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾** [البقرة: ٢٣٣]، فبين أن الحمل يكون أمده ستة أشهر، فهى ترتقب الوضع الذى يكثر فيه الخطر، ويشتد فيه الألم مع ثقل الحمل، وتتابع ألمه، فهى بمنزلة المريض مرضًا مخوفًا، فأفعالها فى الثلث خلافًا لأبى حنفية والشافعى فى قوليهما أن أفعالها جائزة، ما لم يضر بها الطلق.

والدليل على ما نقوله أن هذه حال تصح ولادتها كحال الطلق.

فرع: وبهذا تعرف أنها بلغت ستة أشهر روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم: أن ذلك يعرف بقولها، وهى فيه مصدقة، ولا يسأل النساء عن ذلك.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِى الرَّجُلِ يَحْضُرُ الْقِتَالَ: إِنَّهُ إِذَا زَحَفَ فِى الصَّفِّ لِلْقِتَالِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَقْضِىَ فِى مَالِهِ شَيْئًا إلا فِى الثُّلُثِ، وَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ مَا كَانَ بِتِلْكَ الْحَالِ.

الشرح: وأما الزاحف إلى القتال فى الصف، فقد قال مالك: إنه كالمريض فى أفعاله. قال: وكذلك من حبس للقتل. قال القاضى أبو محمد: فى قصاص أو حد، وهو خلاف لأبى حنيفة فى إجازته لهم التصرف ما لم يقرب المحبوس للقتل، ويتقدم الزاحف إلى البراز.

والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت، قال الله تعالى: **﴿ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون﴾** [عمران: ١٤٣]، وإنما رأوا القتال، وهو الذى كانوا يتمنونه، تعلق بهذا القاضى أبو محمد.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منـه كـالمرض المحـوف والـبراز فى القتال، والتقريب للقتل.

مسألة: وأمـا راكـب البحـر إذا أدركـه الهـول، وخـاف الغـرق، قـال مـالك: هـو كالمرض، وبـه قـال أشـهب، ورواه عبدالملـك بـن الحسـن فـى العتبيـة عـن ابـن وهـب، وكذلك من جمحت به دابته. وقال ابن القاسم: هو كالصحيح.

قال القاضى أبو محمد: والقول الأول أقيس؛ لأنه حال خـوف علـى النفـس كأثقـال الحمل، والزحف للقتال فى الصف.

فصل: وقوله: «**إذا زحف للقتال فى الصف**» يقتضى أنه إنما يصير له هـذا الحكـم إذا صار فى الصف، يريد والله أعلم فى صف المقاتلين وجملتهم، وأما إذا حضر فى النظـارة أو كان متوجهًا للقتال قبل أن يصل إلى الصف، فليس له هذا الحكـم؛ لأن بحصولـه فـى صف المقاتلة، ومباشرة القتال، ومحاولته يثبت الخوف.

وأما من كان فى صف الردء، فلم أر فيه نصًا لأصحابنا، وعندى أنه لا يثبت له هـذا الحكم إلا بالكون فى صف المقاتلة، والله أعلم وأحكم.

* * *

الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَالْحِيَازَةِ

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ فِي هَـذِهِ الآيَـةِ إِنَّهَـا مَنْسُـوخَةٌ قَـوْلُ اللَّـهِ تَبَـارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ**﴾ [البقرة: ١٨٠]، نَسَـخَهَا مَـا نَزَلَ مِنْ قِسْمَةِ الْفَرَائِضِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ(١) .

الشـرح: قـول مـالك: «**نسختها آيـة الفرائـض قولـه تعـالى: ﴿الوصيـة للوالديـن والأقربين﴾**»، يريد والله أعلم، أنه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة مـن الأقربـين دون من لا يرث، وذلك أن آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت، فليس للموصى أن ينقص أحدهم من حقه، ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرها.

وقد روى فى ذلك عن النبى ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه، فـلا وصيـة لوارث»(*).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٦٨.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ٢١٢٠. أبو داود حديث رقـم ٢٨٧٠، ٣٥٦٥. ابـن ماجـه=

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالأقربون الأقارب. روى على بن زياد فيمن أوصى لأقاربه أن ذلك لجميع قرابته، من قبل أبيه وأمه. وقال أشهب فى المجموعة: يدخل فيه كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء، محرمًا، فهو ذو قرابة.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه يدخل فى ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه، ويدخل فيه الأعمام والعمات والأخوال والخالات والإخوة والأخوات.

وروى عيسى فى العتبية عن ابن القاسم: لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم. قال عنه أصبغ فى الواضحة: ولا بنو البنات. قال عنه عيسى وأصبغ: إلا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه، فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولد البنات. قال عنه أصبغ: لأنه يرى أنه إياهم أراد، وكذلك إن كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين.

وروى ابن القاسم عن مالك فى العتبية: لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات. وقال ابن كنانة فى المجموعة: يدخل فى ذلك الأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخوات.

وحكى الشيخ أبو محمد بن أبى بكر بن اللباد فى الذى يوصى لقرابته: ينظر إلى المال، فإن كان قليلاً كان لأهل حرمه دون غيرهم، وإن كثر دخل فيه الخؤولة وغيرهم. وحكى القاضى أبو الحسن أن إطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولد البنات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال أشهب: لا يدخل فى ذلك قرابته الوارثون استحسانًا، وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالموصى للفقراء بمال، ولرجل فقير بمال لا يدخل مع الفقراء فى أموالهم، رواه ابن المواز عن مالك.

وما قاله أشهب أنه استحسان، وليس بقياس إنما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال، والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه، وإنما ذكرت ذلك ليعرف مقصده فى الاستحسان والقياس.

مسألة: ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى، فقد روى ابن المواز عن أشهب أنه يسوى بينهم فى ذلك. وروى عيسى عن ابن القاسم: أن الرجال والنساء فى ذلك سواء.

=حديث رقم ٣٧١٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٦٢٠، ٢١٧٩١. الدارمى حديث رقم ٣٢٦٠.

ووجه ذلك أن اللفظ يتناولهم تناولاً واحدًا، لا يختص به بعضهم دون بعض، ولعل هذا قول من يرى أن المؤنث يدخل فى جمع المذكر، أو لأن ذلك عرف الاستعمال، وإذا أوصى لعقبه، فقد قال القاضى أبو الحسن: ليس ولد البنات بعقب، وكذلك إذا أوصى لولده.

قال: ومن أصحابنا القاضى أبو الحسن عمر بن أبى عمر وممن قال: يدخل البنات فى الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم، فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال.

مسألة: إذا قال: الذى رحمى، ولم يقل: لذى قرابتى، فهو مثل أن يقول: لذى قرابتى، قاله أشهب فى المجموعة. ومن أوصى لأهله، ففى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أن أهله عصبة، وإنى لأرى لأخواله.

قال فى المجموعة: ومواليه حقًا، والعصبة أبين.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إذا أوصى لقرابته، أو لذى رحمه أو لأهله، أو لأهل بيته، فإن قولنا وقول مالك وأصحابنا: إن ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه، من كل من يرثه، ومن ليس بوارث.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن من قال: آل فلان، فهو كقوله أهل فلان، وهم العصبات والبنات والأخوات والعمات، ولا يدخل فى ذلك الخالات. قال أبو زيد عن ابن القاسم: وإن لم ينف منه إلا الخال والخالة، لم يدخل فيه، وهو العصبة دونه.

مسألة: وإذا أوصى لمواليه، ففى الموازية عن مالك: إن كان له موال من قبل أبيه، ومن قبل أبيه أو قرابة له يرثونه، ليبدأ بمواليه الدنية، ويعطى الآخرون إلا أن يكون الأباعد أحوج، وهذا يقتضى أن اسم مواليه يتناول جميعهم.

وروى سحنون وعيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن بين من أعتق خاصة، وإلا فكلهم مواليه. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: أن قول مالك اختلف فيه، فقال مرة: يدخل فيه موالى ابنه. وقال مرة القول الذى ذكرناه.

وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم: إن كان مواليه ممن يحاط بهم، فهو لمن أعتق خاصة، وإن كانوا كثيرًا مجهولين، ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم، وموالى أبيه وابنه وأخيه.

وروى ابن عبدوس عن على عن مالك فى الذى يوصى لمواليه: يدخل موالى الموالى.

مسألة: ومن أوصى لمواليه، وله أنصاف موال، ففى العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب: يعطى نصف ما يعطى المولى التام. ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك.

ووجه ذلك أنهم إنما يستحقون باسم الولاء، فاختص العطاء بذلك.

مسألة: من أوصى لمواليه، دخل فى ذلك من يعتق بعده من مدبر، رواه عيسى بن ابن القاسم.

وقال عبدالملك: ومن أوصى بعتقه بعد موته. وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة: يدخل فى ذلك أم ولده، وهذا لأنهم يعتقون بموته، فهم حين وجوب الوصية من الموالى. وقد بين ذلك عيسى، فقال فى المدبر: إذا خرجوا من الثلث.

مسألة: وأما المعتق إلى أجل والمكاتب، ففى الموازية ابن القاسم إن عتقا قبل القسمة دخلا فيه، وإن سبقهم القسم، فلا شىء لهم. وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: يدخلان مع الموالى بالسواء، فما صار للمكاتب والمعتق إلى أجل وقف لهما.

فإن أدى المكاتب وأعتق المؤجل، أخذه وإلا رد إلى بقية الموالى. وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة: إن كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم، فإن لم يكن ذلك، فلا شىء لهم؛ لأنهم حينئذ عبيد.

مسألة: ومن أوصى لمواليه، ولهم موال أنعم عليهم، وموال أنعموا عليه، ففى المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب: أنه للذين أنعم هو عليهم. وقال عبدالملك: هو لأحقهما به وأشبههما بالعطية، فإن اشتبها، فهى بينهما نصفان.

فصل: والذى يقتضيه الفصل على تأويل مالك، أن الوصية للوارث ممنوعة؛ لما فيها من تفضيل بعض الورثة بغير ما يجب له بالآية التى تضمنت فريضة كل وارث.

مسألة: ومن أوصى لابن وارثة، أو لأحد من قرابته يظن أنه يرجع إلى الوارث، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: ذلك نافذ، وقاله مالك فى المجموعة.

ووجه ذلك أنه وصية لغير وارث، وما يظن به من صرف ذلك إلى الوارث لا يمنع الوصية له؛ مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء، فإن اقتضى ذلك الموصى، فهو الأثم، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى، وهذا وجه من التعلق بالذرائع.

مسألة: ولا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليج، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أنها تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه، ولا المنع.

فرع: وإذا صرفه الموصى له بـه إلى الوارث، جـاز ذلـك، وكـان للوارث أخـذه أو تركه، قاله أصبغ فى الواضحة.

وجه ذلك أن صورة الهبة المبتـدأة، فليـس فيـه مـا يتحقـق بـه التوليـج الممنـوع منـه، وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى أن الموصى لم يقصد أن يوصى له بـه، أو ممن تظن به الحاجة.

ووجه ذلك أن الوصية لا تنافى الغنى، ولا تختص بالفقر، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أوصى لعبد وارثه، فإن كـان بالشـئ اليسـير كـالثوب ونحوه. زاد ابـن المواز عن ابن القاسم وأشهب: والدينار ونحوه، فذلك جائز مما يرى أنه قصـد بـه رفقـه. وأما بالشئ الكثير، فذلك مردود، إن لم يجزه الورثة.

وروى ذلك كله أشهب وعليّ بن ياد عن مـالك، ولـم يجـوز أبـو حنيفـة والشـافعى قليل ذلك ولا كثير.

ووجه ذلك أن الكثير يرى أنه لم يقصد به العبد، وإنما قصـد بـه سيده، وهـو وارث لأن للسيد انتزاعه من العبد.

فرع: وكذلك الوصية لأم ولد وارثه، قاله ابن القاسم. وقـال أشـهب وابـن القاسـم فى المجموعة: وكذلك المكاتب إلا أن يكون مليًّا يقدر أن يؤدى، فذلك جائز له.

مسألة: ويجوز أن يوصى لعبد نفسه ولمدبره ومكاتبــه ومعتقـه إلى أجـل، ومـن ملـك بعضه، ولأم ولده بالقليل والكثير؛ لأنه ليس منهم وارث. قـال ابـن القاسـم: ولا ينزعـه منه الورثة؛ لأنهم إذا انتزعوه منه، فكان وصيته لم تنفذ، فاستحسنت أن يقر بيــده حتـى ينتفع به، ويطول زمان ذلك، فإن أرادوا بيعه باعوه، وقاله مالك.

مسألة: ومن أوصى لحربى، فقد ذكر القاضى أبـو محمـد فـى إشـرافه: تجوز الوصيـة للمشركين، أهل حرب كانوا أو أهل ذمة.

قال: والدليل على ذلـك قـول اللـه تعـالى: ﴿**مـن بعـد وصيـة يوصـى بهـا أو ديـن**﴾ [النساء: ١٢]، ومن جهة المعنى أن كل من جـاز تمليكـه لغير الوصيـة، جـاز بالوصيـة كالذمه والمستأمن.

مسألة: وإنما يراعى فى ذلك أن يكون وارثا يوم الموت، فلو أوصى لغير وارث، ثم كان وارثًا لبطلت الوصية، ولو أوصى لوارث، ثم كان غير وارث لصحت له الوصية.

وقد روى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم فى امرأة أوصت لزوجها، ثم طلقها البتة، ثم ماتت: إن كانت علمت بطلاقه، فالوصية جائزة، وإن لم تعلم بذلك، فلا شيء له. قال ابن القاسم: وبلغنى ذلك عن مالك؛ لأنها كانت تظن أنه وارث.

وقال أيضًا ابن القاسم: له ذلك علمت أو لم تعلم.

ووجه القول الأول ما احتج به من أنها أوصت ، وهى ترى أنه وارث، فلم ترد الوصية.

ووجه القول الثانى أن الوصية للوارث على الجواز حتى ترد، وكذلك إذا أجازها الورثة، فهى عطية من الموصى دون الورثة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى لابنه، وهو عبد أو نصرانى، فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية، وكذلك لو أوصى لامرأة، ثم تزوجها فى صحته، ثم مات، وهى زوجة، بطلت الوصية. ولو أوصى لها، وهى زوجة، ثم طلقها قبل أن يموت، نفذت الوصية لها.

مسألة: ولو وهب غير وارث فى صحته، فحاز الهبة فى صحته، ثم صار وارثًا، فذلك له جائز من رأس المال، قاله أشهب، ولو وهب أخاه فى مرضه هبة وقبضها المعطى، وهو غير وارث، ثم صار وارثًا، فالهبة باطل، قاله أشهب.

ولو وهب امرأة هبة فى مرضه، ثم تزوجها، فمات من ذلك المرض، فالوصية جائزة فى ثلثه؛ لأنها لا ترث، ولو أقر لابنه النصرانى بدين فى مرضه، ثم أسلم، فذلك كله جائز.

ووجه ذلك أن الإقرار بالدين حق فى ذمته، فروعى ثبوته حين الإقرار به، وهو لم يكن وارثًا ذلك الوقت، وليس كذلك الهبة فى المرض، فإنما ينظر فيها بعد الموت، فلذلك اعتبر بحاله حين الموت.

فصل: وقوله: **«ولا وصية لوارث، إلا أن يجيز الورثة»** يقتضى أنها مردودة إذا منع ذلك الورثة، فمن أوصى لوارث، ولم يوص بغير ذلك، وأراد الورثة رد الوصية، فهو بمنزلة من لم يوص، ويقتسم الورثة التركة على سنة الميراث.

وإن كان أوصى لوارث، وأوصى مع ذلك لأجنبى، فقد قال القاضى أبو محمد: إن الورثة يحاصون الأجنبى كوصية الوارث، فما حصل للأجنبى، وما حصل للوارث رجع ميراثًا. وقال الشافعى: يبطل حق الورثة.

والدليل على ما نقوله أن الميت اشترك مع الأجنبى فى الثلث، فلم يكن له جميعه كما لو أشركه غير وارث، وهذا الذى قاله أبو محمد يحتاج إلى تفصيل، وذلك أنه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى له وارث غيره، أو لا يكون له وارث غيره.

فإن كان له وارث سواه، ففى كتاب ابن المواز عن مالك وأصحابه: أنه يحاصص الأجنبى فى الثلث، فما صار للأجنبى، نفذ له، وما صار للوارث رجع ميراثًا.

فإن لم يكن معه وارث غيره، يعلم أنه أراد تفضيله عليه، فلا يحاص بذلك. وكذلك لو أوصى لجميع ورثته مع الأجنبى، وقد استووا فى الصفة، وسهام الميراث، إلا أن يكون الورثة ذكورًا وإناثًا، وساوى بينهم فى الوصية، فقد خص الإناث، فيحاصصن الأجنبى.

وبماذا يحاصصن؟ روى أصبغ عن ابن القاسم فى الموازية فى ابن وبنت أوصى لكل واحد منهما بمائة: وأجنبى بمائة، أن الابنة تحاص الأجنبى بخمسين، وهى التى زادها على مورثها، لما أعطى الذكر مائة، وكان يجب لها خمسون. وقال غيره من أهل العلم: تحاص بثلث المائة؛ لأن موروثها من مائتين ثلثا مائة، فتحاص بالزائد، وهو ثلث مائة.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية فيمن أوصى بثلثة لقوم، وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم يأكلونه، قال: فلا شىء للموصى لهم بالثلث فى الطعام، ولهم ثلث ما سواه، والكلام فى الطعام للورثة؛ لأن بعضهم أوفر حظًا من بعض، وبعضهم أكثر أكلاً من بعض، فإن سلموا ذلك، وإلا قسموه على مواريثهم.

قال الشيخ أبو محمد: انظر معنى هذا، وقد تقدم عن مالك أنه يحاص الورثة الأجنبى عند اختلاف أنصبائهم به، أراد القليل النصيب إلا أن يعنى أنه أوصى لعياله بقدر مواريثهم.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندى أنه لما أوصى بالطعام لأهله، فهو استثناء من ثلثه، فلا حظ له فيه للأجنبى الموصى له بالثلث، سواء فاضل بين ورثته فى الطعام أو ساوى، وإنما تكون المحاصة فى غير المعين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أوصى لوارث، فأنفذت وصيته، ثم قام بعض الورثة، فقال: لم أعلم أن الوصية لا تجوز له، فقد قال مالك فى الموازية: يحلف أنه ما علم، ويكون له نصيبه منه.

ووجه ذلك أن مما يجهله كثير من الناس، فإذا كان مثله يجهل هذا حلف على ما أنكره من ذلك، وقضى له به.

مسألة: ومن أوصى لوارث بعبد أو مال. وقال: إن لم يجزه ورثتى، فذلك فى السبيل أو هو حر، ففى المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبدالملك: ذلك باطل؛ لأنه مضار بالورثة إذ منعوه ما لهم منعه، وبه قال مالك وربيعة. ولو قال: عبدى حر، وثلث مالى فى السبيل، إلا أن يجيز الورثة لابنى، فهذا يجوز على ما قال، وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع، وهو قول المدنيين.

قال أصبغ: وأنا أقوله استحسانًا واتباعًا للعلماء، وأما القياس، فهو كالأول. وقال أشهب: لا يجوز، وهو من الضرر كالأول.

ووجه قول ابن القاسم أنه إذا قال: عبدى حر إلا أن يجيزه الورثة لابنى، فإن وصيته إنما باشرت الحرية، وإنما يكون تصييره إلى الوارث من قبل الورثة، فجازت ذلك، لأنها ليست بوصية منه للوارث، وإذا قال: هو لوارثى، فإن منع ذلك الورثة، فهو حر، فإنما باشرت وصيته تصييره إلى الوارث، فلم يجز؛ لأنها وصية محضة لا للوارث.

مسألة: ومن قال: عبدى لفلان، وهو أكثر من الثلث، فإن لم يجز الورثة، فهو حر، فذلك جائز، وهو حر.

قال الشيخ أبو محمد: يريد ما حمل الثلث، وذلك أن ذلك المقدار يجوز فى الوجهين جميعًا، لكنه لما شرط أن منع الورثة من إنفاذ جميعه لفلان أن يعتق، ووجد المنع منهم، رد العتق على ما شرط، ولما لم يجز الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث، كما لو قال ابتداء: أعتقوا جميع هذا العبد، فلم يجز الورثة، فإنه يرد إلى الثلث، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«وإن أجاز له بعضهم، وأبى بعض، جاز له حق من أجاز منهم، دون من لم يجز»** معناه أن يكون للرجل ثلاثة من الولد، فيوصى لأحدهم بوصية، فيجيز أحد إخوته، ويأبى الآخر، فإنه يجوز له حصة المجيز من تلك الوصية، وترد حصة الآبى.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: فِى الْمَرِيضِ الَّذِى يُوصِى، فَيَسْتَأْذِنُ وَرَثَتَهُ فِى وَصِيَّتِهِ، وَهُوَ مَرِيضٌ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إلا ثُلُثُهُ، فَيَأْذَنُونَ لَهُ أَنْ يُوصِىَ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ

بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ: إِنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِي ذَلِكَ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَهُمْ صَنَعَ كُلُّ وَارِثٍ، ذَلِكَ فَإِذَا هَلَكَ الْمُوصِي، أَخَذُوا ذَلِكَ لأَنْفُسِهِمْ، وَمَنَعُوهُ الْوَصِيَّةَ فِي ثُلُثِهِ، وَمَا أُذِنَ لَهُ بِهِ فِي مَالِهِ.

قَالَ: فَأَمَّا أَنْ يَسْتَأْذِنَ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا لِوَارِثٍ فِي صِحَّتِهِ، فَيَأْذَنُونَ لَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَلْزَمُهُمْ وَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَرُدُّوا ذَلِكَ إِنْ شَاءُوا، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ صَحِيحًا كَانَ أَحَقَّ بِجَمِيعِ مَالِهِ، يَصْنَعُ فِيهِ مَا شَاءَ، إِنْ شَاءَ أَنْ يَخْرُجَ، مِنْ جَمِيعِهِ خَرَجَ فَيَتَصَدَّقُ بِهِ أَوْ يُعْطِيهِ مَنْ شَاءَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ اسْتِئْذَانُهُ وَرَثَتَهُ جَائِزًا عَلَى الْوَرَثَةِ إِذَا أَذِنُوا لَهُ حِينَ يُحْجَبُ عَنْهُ مَالُهُ، وَلا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ إِلا فِي ثُلُثِهِ، وَحِينَ هُمْ أَحَقُّ بِثُلُثَيْ مَالِهِ مِنْهُ، فَذَلِكَ حِينَ يَجُوزُ عَلَيْهِمْ أَمْرُهُمْ وَمَا أَذِنُوا لَهُ بِهِ، فَإِنْ سَأَلَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ أَنْ يَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ حِينَ تَحْضُرُهُ الْوَفَاةُ، فَيَفْعَلُ، ثُمَّ لا يَقْضِي فِيهِ الْهَالِكُ شَيْئًا، فَإِنَّهُ رَدٌّ عَلَى مَنْ وَهَبَهُ إِلا أَنْ يَقُولَ لَهُ الْمَيِّتُ فُلانٌ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ضَعِيفٌ، وَقَدْ أَحْبَبْتُ أَنْ تَهَبَ لَهُ مِيرَاثَكَ، فَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا سَمَّاهُ الْمَيِّتُ لَهُ.

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ لَهُ مِيرَاثَهُ، ثُمَّ أَنْفَذَ الْهَالِكُ بَعْضَهُ، وَبَقِيَ بَعْضٌ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الَّذِي وَهَبَ يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ بَعْدَ وَفَاةِ الَّذِي أُعْطِيَهُ[1].

الشرح: وبيان ذلك والله أعلم، أن إجازة الورثة تكون فى وقتين، أحدهما: بعد موت الموصى، وهى التى تقدم ذكرها، واتفق العلماء على جوازها، والوقت الآخر: قبل موت الموصى، وذلك فى حالتين، إحداهما حال الصحة، والثانية: حال المرض.

فأما حال الصحة، فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب، فإنما كان لسبب كالغزو والسفر، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فيمن أذن له ورثته عند خروجه لغزو أوسفر أن يوصى بأكثر من ثلثه، ففعل، ثم مات فى سفره: إن ذلك يلزمهم كالمريض، وقاله ابن القاسم. قال أصبغ: قال لى ابن وهب: كنت أقول هذا، ثم رجعت إلى أن ذلك لا يلزمهم؛ لأنه صحيح. قال أصبغ: وهو الصحيح.

وجه القول الأول أنه سبب الوصية غالبًا كالمرض.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣/٥٥.

ووجه القول الثانى أن هذه حال صحة، فلم يلزم الورثة الإجازة فيها، كما لو كانت لغير سبب. فأما إن كان لغير سبب وصيته، فلا خلاف فى المذهب أنه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة، وله الرجوع فيه؛ لأنها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة.

مسألة: وأما الإجازة حال المرض، فلا يخلو أن تتخلل بين وصيته ومرض وفاته صحة، أو لا تتخللهما صحة، قد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الموازية: الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث، ثم يصح ثم يمرض، فيموت أن ذلك غير لازم لهم؛ لأنه قد تخلل الأذن والوفاة لا يصح فيها الأذن كما لو أذنوا فى الصحة.

فرع: وهذا يلزمهم اليمين أنهم ما سكتوا رضًا بذلك. قال ابن كنانة: يلزمهم بذلك.

ووجهه أن صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا، فتلزمهم اليمين أنهم لم يرضوا به فى المرض الثانى.

مسألة: فإن لم يتخلل بين الإذن والوفاة وقت صحة؛ لزم ذلك الورثة. قال القاضى أبو محمد: وذلك فى المرض المخوف.

وقال أبو حنيفة والشافعى: لا تلزمهم الإجازة إلا بعد موت الموصى.

وقد روى نحو ذلك فى المجموعة عن عبدالملك فى مريض باع عبدًا بأقل من قيمته بأمرين، فإنه لا إجازة للورثة قبل الموت، إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه.

والدليل على ما نقوله أن هذه حال تعتبر فيها عطيته بالثلث، فلزمت الإجازة كبعد الموت، واحتج مالك لذلك بما ذكره فى الأصل أنه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببًا لمنع الموصى من الوصية بالإجازة لوصيته للوارث.

فإذا مات، وقد اقتصر على تلك الصية رجعوا إلى الإجازة، فمنعوا بذلك الوصية التى أباحها الشرع له، والاعتماد فى ذلك على إثبات أنه وقت إجازة، وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة، لأن حال الصحة ليس بحال إجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله، ولا حجروا عليه فى ثلثه.

وأما حال المريض بحال تعلق حق الورثة بماله، وغروا عليه فى ثلثه، وإنما يكون أفعاله فى ثلثه كبعد الوفاة.

فرع: وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك: إنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائنًا عنه، فأما بناته الأبكار وزوجاته ومن فى عياله، فله الرجوع بعد موته.

قال ابن القاسم: وليس للسفيه إذن، ولا للبكر.

قال ابن كنانة: إلا المعنسة، فيلزمها وأما الزوجة، فقد تخاف من موجدته، وليس يسلمها ذلك كالتى تبتدئه.وقال أشهب فى الموازية: ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تهابه، ولا تخاف منه، فهذه لا ترجع، وكذلك الابن الكبير، وهو فى عيال أبيه، فلا رجوع له إذا كان ممن لا يخدع. وقال ابن القاسم: لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا فى عياله.

ووجهه أن من كان فى حضانته، يخاف أن يقصيه، ويقطع معروفه عنه، إن لم يجز له، فيفعل ذلك تقصيًا لمسرته، واستدامة لصلاح حاله معه، وهو لا يريد الإجازة، فكان له الرجوع فى ذلك، والله أعلم وأحكم.

وقال القاضى أبو محمد: لا يلزم الإذن من كان فى عياله، ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانًا يرهبه، ونحو ذلك.

فصل: وقوله: **«وإن سأل بعض الورثة، أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة، فيفعل، ثم لا يقضى فيه الهالك شيئًا، فإنه رد على من وهبه»**. وقد رواه عنه ابن القاسم وابن وهب فى المجموعة. قال عنه ابن وهب: إلا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته، فذلك له.

ومعنى ما ذكر فى الموطأ أن يقول له: إن فلانًا لبعض ورثته، ضعيف، وأحب أن تهب له ميراثك، فيفعل، فإن ذلك جائز.

ووجه ذلك أنه إذا استوجب ميراثه دون تسمية، فإنما يستأذنه فى أن يصرفه فى وجوه يريدها الوارث أو غيره، لا ليبقى على ملكه بعد موته، فإن ذلك لا يصح فيه. فإذا مات الميت، لم يحدث فيه حدثًا، فقد مات قبل أن ينفذ ما استأذن فيه، فيرجع إلى مستحقه، إلا أن يسمى له الموهوب له، فقد بين الوجه الذى سأله إنفاذه فيه، وقد وجد الإنفاذ من الوارث الواهب.

ولو قال: أعطنيه أوصى به لفلان، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك فى الموازية: إذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر، فإن أنفذه مضى، وإن لم ينفذه، فهو رد.

فصل: «ولو وهب له ميراثه، فأنفذ الهالك بعضه، وبقى له بعض، فهو رد على الواهب» يريد أن يوصى ببعض ما وهبه إياه من ميراثه، ويبقى بعضه، لا يوصى فيه

بشيء، فإن ما أبقاه دون وصية راجع إلى الوارث الواهب على حكم الميراث الذى كان عليه.

قَالَ يحيى: وسَمِعْت: يَقُولُ فِيمَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ، فَذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَعْطَى بَعْضَ وَرَثَتِهِ شَيْئًا لَمْ يَقْبِضْهُ، فَأَبَى الْوَرَثَةُ أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ: فَإِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى الْوَرَثَةِ مِيرَاثًا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ؛ لأَنَّ الْمَيِّتَ لَمْ يُرِدْ أَنْ يَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ، وَلا يُحَاصُّ أَهْلُ الْوَصَايَا فِي ثُلُثِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من أوصى بوصية، يريد فى مرضه، فذكر فى وصيته أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئًا لم يقبضه، فإن ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه إياه، ولو أقر له بما قال الورثة لأنها عطية ذكر أنها كانت فى الصحة، فتبطل بمرض الموصى قبل القبض، وإنما أقر به فى حال حكم العطية فيها حكم الوصية، ولا تصح الوصية لوارث، فبأى الحالتين اعتبرت إقراره، بطل.

مسألة: ومن أشهد فى مرضه فى جارية له أنى كنت أعتقتها فى الصحة وتزوجتها، وأشهدكم أنها طالق ثلاثًا، فلا تعتق بذلك فى ثلث ولا غيره، ولا صداق لها، ولا ميراث إلا بأمر يثبت فى الصحة من العتق ثم النكاح، إلا أن يقول فى مرضه: أمضوا عتقها.

* * *

مَا جَاءَ فِى الْمُؤَنَّثِ مِنَ الرِّجَالِ وَمَنْ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ

١٤٣٩ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ مُخَنَّثًا كَانَ عِنْدَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى أُمَيَّةَ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْمَعُ: يَا عَبْدَ اللَّهِ إِنْ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٧/٢٣.

١٤٣٩ - أخرجه البخارى فى المغازى ٤٣٢٤. ومسلم فى السلام ٢١٨٠. وأبو داود فى الأدب ٤٩٢٩. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٢، الحدود ٢٦١٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩١، ٢٦١٥٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤١٠/٨: هكذا روى هذا الحديث جمهور الرواة، عن مالك مرسلا، ورواه سعيد بن أبى مريم، عن مالك، عن هشام، عن أبيه، عن أم سلمة، والصواب، عن مالك ما فى الموطأ ولم يسمعه عروة، من أم سلمة، وإنما رواه عن زينب ابنتها، عنها كذلك قال ابن عيينة، وأبو معاوية، عن هشام.

فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْكُمُ الطَّائِفَ غَدًا، فَأَنَا أَدُلُّكَ عَلَى ابْنَةِ غَيْلانَ، فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا يَدْخُلَنَّ هَؤُلاءِ عَلَيْكُمْ».

الشرح: قوله: «**إن مخنثًا كان عند أم سلمة زوج النبى ﷺ** » قال ابن حبيب: المخنث هو المؤنث من الرجال، وإن لم تعرف فيه الفاحشة، وهو مأخوذ من تثنى الشيء وتكسره، والمخنث المذكور فى الحديث اسمه هيت، وكان مولى لعبدالله بن أبى أمية أخى أم سلمة، وكان يدخل على أزواج النبى ﷺ، ولا أرى ذلك لقول الله عز وجل: ﴿**ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن**﴾ [النور: ٣١]، إلى ﴿**أولى الإربة من الرجال**﴾ [النور: ٣١].

قال عكرمة: هو المخنث الذى لا يقوم له، يريد العنين، وقيل هو الشيخ الهرم، والخنثى والمعتوه، والطفل والعنين. قال ابن عباس: هو الأحمق الذى لا حاجة له به فى النساء. وقال مجاهد وقتادة: هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك، ولا يريد النساء، ولا يهمه إلا بطنه، فلا يخاف منه على النساء.

وروى عن عائشة أنها قالت: كان رجل يدخل على أزواج النبى ﷺ، وكانوا يعدونه من غير أولى الإربة، فدخل النبى ﷺ يومًا، وهو عند بعض نسائه، وهو ينعت امرأة، قال: إنها إذا أقبلت، أقبلت بأربع، وإذا أدبرت، أدبرت بثمان، فقال النبى ﷺ: «ألا أرى هذا يعلم ما هاهنا، لا يدخلن عليكم فحجبوه»(*).

وقال ابن الكلبى: إن هيتا قال لعبدالله بن أبى أمية: وهو عند النبى ﷺ فى بيت أم سلمة: «إن افتتحتم الطائف، فعليك ببادنة بنت غيلان بن سلمة الثقفى، فإنها تقبل بأربع، وتدبر بثمان، مع ثغر كالأقحوان، إن قعدت ثبتت، وإن تكلمت تغنت بين رجليها كالإناء المكفوف، ورسول الله ﷺ يسمع، فقال رسول الله ﷺ: «لقد غلغلت النظر إليها يا عدو الله، ثم أجلاه عن المدينة إلى الحمى»(*).

فلما فتح الطائف تزوجها عبدالرحمن بن عوف، فولدت له بريهة، ولما قبض رسول الله ﷺ وولى أبو بكر كلمة فيه أن يرده فأبى أن يرده، فلما ولى عمر قيل إنه قد ضعف وكبر، واحتاج، فأذن له أن يدخل كل جمعة، فيسأل الناس، ثم يرجع إلى مكانه.

فصل: وقوله: «**فإنها تقبل بأربع، وتدبر بثمان**» روى ابن حبيب عن مالك أن معنى

(*) أخرجه أبو داود حديث رقم ٤١٠٧. أحمد حديث رقم ٢٤٦٥٩.

(*) انظر: تخريج الحديث السابق.

ذلك أن أعكانها وهى تراكيب اللحم فى البطن حتى ينعطف بعضه على بعض، فهى فى بطنها أربع طرائق، وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها فى كل جانب أربع، فهى على هذا ثمان، وأراد العكن واحدتها عكنة، وهى مؤنثة، فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث.

فصل: وقوله: «**ولا يدخلن هؤلاء عليكم**» معناه والله أعلم، المنع من دخول من يفطن لمحاسن النساء من المخنثين، ومن يحسن وصفهن، ويهتبل بذلك، وأن المراد بقوله تعالى: ﴿**غير أولى الإربة**﴾ من لا يتفطن لذلك، ويهتبل به، ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة، فهو الذى أبيح له الدخول على النساء. وقال سعيد بن جبير: هو الذى لا ينتشر ذكره.

مسألة: وأما أولو الإربة، فعلى ضربين، ذوو محارم وأجنبيون. فأما ذوو المحارم، فإنه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم، ويجوز لهم أن ينظروا منها إلى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين. وقد قال مالك فى الموازية: لا بأس أن يرى الرجل شعر امرأته وامرأة أبيه، ولا بأس أن يقبل خد ابنته إذا قدم من سفره.

ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها. وأما أن يراها متجردة، فلا يجوز ذلك. وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: ليستأذن الرجل على أمه وأخته، ولا يجوز أن يرى أمه عريانة.

ووجه ذلك أن هذا مما تستره غالبًا كالعورة المخففة.

وقال القاضى أبو إسحاق فى تفسير قوله تعالى: ﴿**ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن**﴾ [النور: ٣١]، الظاهر أنه يريد الوجه والكفين؛ لأن المرأة يجب عليها أن تستر منها فى الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء، وليس يجوز لها أن تظهر فى الصلاة إلا وجهها وكفيها.

وفى ذلك دليل على أنه لا يجوز للقريبى أن يروا منها ذلك، والله أعلم بما أراد من ذلك، فاقتضى قول القاضى أبى إسحاق أنه منع رؤية ذوى المحارم لشعر المرأة، وأباح له رؤية الوجه والكفين.

مسألة: وأما أم الزوجة، فجوز مالك النظر إلى شعرها، ومنع من ذلك سعيد بن جبير.

والدليل على ما نقوله أنها محرمة على التأبيد كالأم والأخت.

مسألة: وأما من ليس بذى محرم، فلا يخلو أن يكون الوطء مباحًا أو غير مباح، فإن كان مباحًا له، وهو الزوج والسيد، فإنه يجوز له أن ينظر إلى العورة وغيرها، وتنظر هى منه إلى مثل ذلك.

وقد قال أصبغ فى كتاب محمد: من لا يحل لك فرجها، فلا تطلع على عورتك فى صحة ولا مرض، وحال ضرورة. وجه ذلك أنها محرمة الوطء كالأجنبية.

مسألة: ومن لا يباح له الوطء، فهو على ضربين، صغير وكبير، فأما الصغير، فيجوز نظره لها.

مسألة: وأما الكبير، فعلى ضربين، خصى وفحل، فأما الخصى، فلا يخلو أن يكون عبدًا أو حرًا، فإن كان عبدًا لها، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يدخل على المرأة خصيها؛ لأن فى نظره إلى وجهها أنه اجتمع فيه كونه ملكًا لها، وكونه خصيًا؛ لأن فيه من معنى التأنيث.

فأما رؤية شعرها، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يرى شعر سيدته إن كان وغدًا، وكره ذلك لذى المنظر.

وقال ابن القاسم: إن ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه، ولا يرى شعرها وزينتها من لا تملكه ، وإن كان لزوجها.

مسألة: وأما الخصى العبد لزوجها ولغير زوجها، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه كره أن يدخل عليها إذا بلغ الحلم. قال ابن القاسم: لا بأس أن يرى وجهها.

وروى عن مالك أيضًا: لا بأس أن يرى شعرها، إن لم يكن لها منظر.

مسألة: وأما الحر من الخصيان، فكره مالك أن يدخل على النساء، قال عنه ابن المواز: كان وغدًا أو غير وغد.

مسألة: وأما الفحل، فإنه على ضربين، عبد وحر، فأما العبد لها، فلا بأس أن يدخل على سيدته، ويرى شعرها إن كان لا منظر له.

قال ابن المواز عن مالك: وكذلك مكاتبها، ومنع من ذلك ابن المسيب، وقال: لا تغرنكم هذه الآية: **﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾** [النساء: ٣]، إنما عنى بها الإماء، ولم يعن بها العبيد. وقال طاوس ومجاهد: لا يرى شعرها، ومعنى **﴿أو ملكت أيمانكم﴾**، ممن لم يبلغ الحلم.

وقال القاضى أبو إسحاق فى حديث رواه نبهان عن أم سلمة «أن رسول الله ﷺ عهد إلينا إذا كان عند مكاتب إحداكن وفاء بما بقى من كتابته، فاضربن دونه الحجاب»(*).

قال: ففى هذا الحديث بيان أن العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو المحارم كالأب والأخ لأنه لا يحل له أن يتزوجها، وليس من ذوى المحارم الذى يجوز لها أن تسافر معه؛ لأن حرمته منها لا تدوم، إذا يمكن أن تعتقه فى سفرها، فيحل له تزوجها.

والحديث الذى ذكره ليس بثابت عندى غير أنه يستفاد من ذلك مذهب القاضى أبى إسحاق فى المسألة، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿**ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات**﴾ [النور: ٥٨]، فأجروا مجرى من لم يبلغ الحلم، وأمروا بالاستئذان فى العورات الثلاث خاصة؛ لأن الناس لا يستترون فيها كما يستترون فى سائر الأوقات.

مسألة: فأما عبد غيرها، فلا يدخل عليها، لأنه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبى.

مسألة: ولا يدخل على المرأة، ولا ينظر إليها لغير ضرورة أجنبى. وأما الضرورة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المرأة الكبيرة الغريبة تلجأ إلى الرجل يقوم بحوائجها ويناولها الحاجة: لا بأس به وليدخل معه غيره أحب إلى.

ووجه ذلك أنها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها.

مسألة: ولا بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر إليها، قيل فيغتفلها من كوة ونحوها، فكره ذلك.

ووجه إباحة الدخول عليها، والنظر إليها الضرورة. ومن جهة المعنى أنه يحتاج إلى النظر إليها ليعلم هل توافقه صورتها ومحاسنها، وإنما كره اغتفا لئلا ينظر منها إلى عورة، وإنما أبيح له النظر إلى وجهها؛ لأنه يجمع المحاسن، والله أعلم.

مسألة: وأما الرجل يريد شراء الأمة، فإنه يجوز له أن ينظر إلى وجهها ويديها، وهل له أن ينظر إلى بدنها، روى عن على: أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقيها وعجزها وبطنها. وقال: لا حرمة لها.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٦١. أبو داود حديث رقم ٣٩٢٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٢٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٩٣٤، ٢٦٠٨٩، ٢٦١١٦.

وروى عن ابن عمر أنه كان يضع يده بين ثديها. وروى عن الشعبى: ينظر إلى جميعها إلا الفرج. وفى المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول.

١٤٤٠ – مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: كَانَتْ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ امْرَأَةٌ مِنَ الأَنْصَارِ، فَوَلَدَتْ لَهُ عَاصِمَ بْنَ عُمَرَ، ثُمَّ إِنَّهُ فَارَقَهَا، فَجَاءَ عُمَرُ قُبَاءً، فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا يَلْعَبُ بِفِنَاءِ الْمَسْجِدِ، فَأَخَذَ بِعَضُدِهِ، فَوَضَعَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الدَّابَّةِ، فَأَدْرَكَتْهُ جَدَّةُ الْغُلامِ، فَنَازَعَتْهُ إِيَّاهُ حَتَّى أَتَيَا أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ، فَقَالَ عُمَرُ: ابْنِي، وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: ابْنِي، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: خَلِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ، قَالَ: فَمَا رَاجَعَهُ عُمَرُ الْكَلامَ.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِى آخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الأنصار» هى جميلة بنت ثابت بن أبى الأقلح، أخت عاصم، كان اسمها عاصية ، فسماها رسول الله ﷺ جميلة، وقد قيل إنها بنت عاصم بن ثابت، والأول أكثر.

فصل: وقوله: **«فولدت له عاصمًا بن عمر»** قيل إنها ولدته قبل وفاة النبى ﷺ بسنتين، **«ثم إن عمر فارقها»** فاقتضى ذلك أن يكون الصبى فى حضانة أمه ما لم تتزوج، فإن تزوجت، فالجدة أم الأم أحق بحضانته من أبيه، وتزوج جميلة بعد عمر، زيد ابن حارثة، فولدت له عبدالرحمن.

فصل: وقوله: **«فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصمًا يلعب بفناء المسجد»** يقتضى أنه كان هناك عند أمه أو جدته، ولعله كان عند جدته زائرًا، أو لعل أمه كانت تزوجت، فانتقلت الحضانة إلى الجدة أم الأم.

وأصل هذا أن الفقهاء متفقون على أن الأم أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق فى الحضانة ما لم تتزوج.

وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن امرأة قالت: يا رسول الله إنه ابنى كان بطنى له وعاء، وثديى له سقاء، وحجرى له حواء، وإن أباه طلقنى، وأراد أن ينتزعه منى، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق ما لم تنكحى».

١٤٤٠ – أخرجه البيهقى فى سننه ٥/٨، ومعرفة السنن والآثار ٣٠٤/١١.

ومن جهة المعنى أن الأم أرفق بالابن وأحسن تناولاً لغسله وتنظيفه، والقيام بشأنه مع ملازمتها ذلك، واشتغال الأب عنه في تصرفه، فكان ذلك أرفق بالابن.

مسألة: وهل ذلك من حقوق الأم أو الولد، فقد اختلف عن مالك في ذلك، فقال الشيخ أبو القاسم: هو من حقوق المرأة، فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته. وقال القاضى أبو محمد: فإذا قلنا إنه من حقوق الأم، فلقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى».

ومن جهة المعنى أنه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الإشفاق من ذلك، والتوجه له. قال: وإذا قلنا إنه حق للولد، فلأن الغرض حفظه ومصالحه، ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن فيه حقًا لكل منهما، والله أعلم وأحكم. وقد روى ابن حبيب عن سحنون: إن رضى الأب والأم والولد أن يكون الولد عند أبيه، ولم تتزوج أمه، فلا بأس بذلك، فاعتبر رضا الأم والولد.

مسألة: ونهاية هذه الحضانة فى قول مالك، البلوغ فى الذكور، ورأيت فى بعض الكتب لابن وهب عن مالك: أن حدها فى الذكور الإثغار. وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: حد الحضانة الاحتلام، وقيل حتى يثغر. وأما فى الإناث، فلا نعلم أنه اختلف قوله بأن لها الحضانة إلى أن تتزوج، ويدخل بها زوجها، إلا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع، إذا ثبت ذلك، فيختار لها الموضع الأصون.

وقال أبو حنيفة: إن كان الولد أنثى فحتى يبلغ، وإن كان ذكرًا فحتى يستغنى عمن يحضنه ويقوم بنفسه. وقال الشافعى: إذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيًا خير بين أبويه، فمن أختار منهما كانت الحضانة له.

وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أنت أحق به ما لم تنكحى». وهذا الحديث ليس إسناده مما يحتج به، ولا فى هذا الباب شيء يعتمد عليه.

ووجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه، والأم أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله، والأب لا يستطيع تعاهد ذلك، فكانت الأم أحق بذلك إلى أن يبلغ، وهو الحد الذى يقوى فيه، ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه.

فرع: فإذا ثبت ذلك، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن الابن إذا قارب

الاحتلام، وأنبت واسود نباته، فالأب يضمه إلى نفسه، وكان ابن القاسم يؤقت فى ذلك الاحتلام. قال الشيخ أبو إسحاق: حده أن يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن.

وجه القول الأول أن الإنبات هو الذى يظهر، ويمكن أن تثبت الشهادة عليه. وأما الاحتلام، فلا يعلم ذلك إلا بقول الصبى، ويمكن أن يكتمه ويدعيه، فكان الإنبات أولى.

ووجه القول الثانى أن كل أمر روعى فيه بناء الزوج فى حق الإناث، فإنه يراعى فيه الاحتلام فى حق الذكور كوجوب الفرائض.

وهذا إن كانت الأم مسلمة حرة، فإن كانت نصرانية، فقد روى ابن وهب: لا حق للنصرانية فى الحضانة؛ لأن المسلمة لو أثنى عليها ثناء سوء لنزع منها، فهذه أولى. قال ابن المواز: الحضانة لها واجبة، وكذلك الحرة النصرانية.

قال مالك فيمن لهن الحضانة: سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات.

ووجه ذلك أنها أم حرة خلو من زوج للابن فى حضانتها مرفق، فكانت لها الحضانة كالمسلمة.

مسألة: وإذا لم تكن فى حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفيهة أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة، فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن الحضانة إنما هى للرفق بالصغير، فإذا عجزت عن القيام به عدم الرفق، وكان فى مقامه عندها تضييع له، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا كان الابن فى حضانة أمه، لم يمنع من الاختلاف إلى أبيه يعلمه، ويأوى إلى الأم، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه، ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة، والصنائع والتصرف، وتلك معان إنما تستفاد من الأب، فكان الأب أولى بالابن فى الأوقات التى يحتاج فيها إلى التعلم، وذلك لا يمنع الحضانة؛ لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع، والملبس، والعون على ذلك كله، والمطالعة لمن يباشره، وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعانى التى تختص مباشرتها بالنساء، ولا يستغنى الصغير عن من يتولى ذلك له، فكان كل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبى، والقيام بأمره.

فرع: فإن شكا الأب ضياع نفقة ابنه، فأراد أن يطعمه، فقد كتب سحنون إلى

شجرة فى الخالة تجب لها الحضانة، فيقول الأب يكون ولدى عندى لأعلمه وأطعمه، فإن الخالة تأكل ما أرزقهم، وهي مكذبة أن للأب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوى إليها، وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته .

فرع: وإذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها، ولا يمنع عمتها أن تأتيها.

قال مالك فى العتبية: ووجه ذلك أن للعمة حقًا فى مطالعة حالها، ومعرفة مجارى أمورها وصحتها وسقمها، وما تباشر من عملها للرحم التى بينهما، فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها.

مسألة: وهذا ما لم تتزوج الأم قبل ذلك، فإن تزوجت، فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها، فإذا دخل بها بطلت حضانتها.

ووجه ذلك أن الصبى يلحقه الضرر بتكره الزوج له وضجره به والأم تدعوها الضرورة إلى التقصير فى تعاهده طلبًا لمرضاة الزوج واشتغالا به، وذلك كله مضر بالصبى فبطل حقها من الحضانة.

مسألة: ولو تزوجت الأم، فرضى الزوج أن يترك عندها الولد حولين ثم يأخذه، وأشهد بذلك، فطلقت قبل ذلك فحبسته، وقام الأب بالكتاب، فقد قال مالك فى العتبية والموازية: يبقى عندها إلى أن تتزوج ثانية. زاد فى العتبية: ثم رجع، فقال: له أخذ ولده.

فرع: فإن طلقها الزوج أو مات عنها، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعد أن ينتزع منها، فإن كان ذلك قبل أن ينتزع منها، ففى كتاب ابن المواز، عن ابن القاسم: إن تزوجت الأم أو الجدة، فلم يأخذ منها الولد حتى فارقها الزوج، فلا ينزع منها، بخلاف أن يؤخذ منها.

ووجه ذلك أنه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته، كالعيب يوجد بالمبيع، فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب.

مسألة: فإن انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق، فقد قال مالك فى المدونة: لا يرد إليها، وهو الذى ذكره الشيخ أبو القاسم. وحكى القاضى أبو محمد فى معونته: لها أخذه لزوال المانع، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول أن الحضانة مبنية على أن أسبابها إذا زالت، زال حكمها لزوال سببها، ولم يعد كما لو تركته ابتداء ثم طلبته.

ووجه القول الثانى أن سبب انتقال الحضانة عن الأم دخول الزوج بها، وما يحذر من استضرار الولد وتبرمه به، وشغل الأم عنه، إذا زال الزوج، فقد أمن هذا، فعادت الحضانة.

مسألة: ولو كان الولد مع أبيه والأم متنحية عنه، فقد قال مالك فى الموازية: ليس لها أخذه إن مات الأب.

ووجه ذلك أنه بتركها قد أسقطت حقها من الحضانة، والصبى قد أنس بغيرها، وتسلى عنها وصلحت حاله دونها، لاسيما مع ما ظهر من تركها له، ورضاها بأن يلى غيرها أمره.

وقد قال مالك: إذا ردته استثقالاً له، ثم طلبته، لم يكن ذلك لها، إلا أن تأتى بعذر له وجه. قال أشهب: مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها، وهذا مبنى على أن الحضانة حق للأم خاصة.

مسألة: وإذا كان للصبى وليان، وتزوجت الأم أحدهما، ففى العتبية والموازية: لا ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به، قاله ابن القاسم. وقال أصبغ: إلا أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تخلو دونه وتدعه، فيكون الولى الآخر أحق به.

وقد قال مالك فى الجدة المتزوجة: لا حضانة لها، إلا أن يكون زوجها جد الصبى. قال ابن وهب: لا حضانة لها، وإن كان زوجها جد الصبى.

وجه قول مالك أن الجد ولى يستحق الحضانة، فلا يمنع الحضانة.

وجه قول ابن وهب أن الزوج على كل حال يشغل عن الصبى، وهذا عندى غير مؤثر؛ لأن الأب يشغل الأم فى بعض الأحايين، ولا ينقل ذلك الحضانة عنها، والله أعلم وأحكم.

فصل: إذا ثبت أن حضانة الأم تبطل بدخول زوجها بها، فإنها تنتقل بعدها إلى أقرب النساء بالصبى، الأقرب فالأقرب، وينتقل ذلك بتزوج الأم، وعدم من هو أحق من الأب بالحضانة من النساء إلى الأب، ولا يخلو أن يكون الولد ذكرًا أو أنثى.

فإن كان ذكرًا، فإنه ينتقل إلى من له حق فى الحضانة من أنثى أو ذكر. قال ابن

المواز: الوصى ومولى النعمة أحق من الأم، وإذا تزوجت الأم، فالأولياء أحق بالصبيان والأولياء هم العصبة.

مسألة: فإن كن إناثًا، فقد قال مالك فى الموازية: للعم والجد أخذ الصبية إذا نكحت أمها، وأما الوصى إذا كان ذا محرم، فهو أحق من الجد والعم، فإن لم يكن ذا محرم، فقد قال مالك فى الموازية: كونها مع زوج أمها أولى؛ لأنه ذو محرم.

وقال أصبغ فى العتبية: إذا تزوجت الأم، فالوصى أحق بالصبيان، غلمانًا كانوا أو جوارى، وإن حصن الأبكار، وهو أحق من الأخ والعم وابن العم، وإن كان رضى. قال مالك فى الموازية: إذا تزوجت الأم، فالجدة أحق بحضانة الولد.

ووجه ذلك أنها أقرب؛ لأنها تدلى بالأمومة.

فرع: إذا ثبت أن الجدة للأم أحق بالحضانة بعد الأم، فإن كان لها منزل تنفرد به، فلا خلاف فى ذلك، وإن كانت تسكن مع الأم المتزوجة، ففى الموازية عن مالك: ليس لها ذلك.

وقال سحنون فى كتاب ابنه: للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة فى حجرة واحدة، وإن أبى ذلك الأب.

وجه القول الأول أن كون الولد مع أمهم المتزوجة فى مكان واحد بمنزلة كونهم فى حضانتها، وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستثقال والتكره والتبرم، وذلك مضر بالولد.

ووجه القول الثانى أن الحضانة مختصة بالجدة، وهى المنفردة بهم فى المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم فى مسكن، بل ربما نالهم رفقًا بهم مع استغنائهم بالجدة عنها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال فى الموازية: إن أم الأم كالأم.

مسألة: فإن لم تكن جدة، وزالت الحضانة عنها بنكاح، فالظاهر من مذهب مالك أنها تنتقل عنها إلى الخالة. قال محمد: وروى عن مالك أن الأب أولى من الخالة. قال أصبغ: وليس هذا بشىء، وهو قول مالك المعروف، أن الخالة أحق.

وجه القول الأول ما روى عن النبى ﷺ أنه قضى بالحضانة فى ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها، وهى زوج جعفر بن أبى طالب، رضى الله عنهم، وقال: «الخالة أم».

ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها، وقربها من الصبى، وما عهد من حنوها، أقدر على مباشرة حضانته، وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعانى على الرجال فى الغالب.

فرع: وخالة الأم كالخالة، قاله مالك فى الموازية. وقال فى المدونة: إن الخالة أحق من الجدة للأب.

ووجه ذلك أن جنبة الأم مغلبة فى الحضانة على جنبة الأب كما غلبت الأم على الأب، ومنها تستفاد الحضانة، فلا تنتقل إلى جنبة الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم. فقد قال ابن حبيب: ليس لبنات الخالة من الحضانة شىء.

وقال أشهب فى كتاب ابن سحنون: وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة، فأوهم أن لبنات الخالة حقًا من الحضانة، وقدم العمات عليهن.

فعلى هذا التأويل إنما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها، وإنما تؤثر جنبة الأم مع التساوى فى القعدد، والأول أظهر، وعليه اطرد قول ابن حبيب.

فرع: والجدة للأب أحق من الأب، قاله فى المدونة. وفيها: الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة، فقدم الأب على نساء جنبته، إلا الجدة خاصة.

مسألة: فإذا عدم الجدات، فقد قال أصبغ والحارث: تنقل الحضانة إلى الأب. وفى المدونة: الجدة والخالة أولى من الأب، والأب أولى من الأخت والعمة. وقال محمد: والنساء من قرابة الأب أولى أخت الصبى، ثم بنت الأخ.

قال: وهذا مطروح فى كتاب محمد. وقال ابن حبيب: الجدة للأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة أخى الصبى، ثم الأب.

وقال القاضى أبو محمد: واختلف إذا انتقلت الحضانة من جهة الأم، أيهما أولى، الأب أو قراباته، فإذا قلنا إن الأب أولى فلأن به يدلون، والأصل أولى، وإذا قلنا قراباته أولى، فلأنهن أرفق، والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه.

ووجه ذلك عندى أن أصل الحضانة للنساء؛ لأنهن يباشرن ذلك، ولذلك قدمت الأم على الأب، فلا تنتقل عنهن إلا بعدم جميعهن، والله أعلم.

وقد قال مالك فى الموازية: وأم أبى الأب كأم الأب، وظاهر لفظ القاضى أبى محمد، يقتضى أن على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به.

والقول الآخر، وهو قول ابن حبيب، عن أصبغ، يقدم جميعهن عليه، ولم يختلف المذهب فى أن العمة وبنت الأخ، ومن كان مثلهما مقدم على من له حق فى الحضانة غير الأب، ولذلك قدمت الأم على الأب، فلا ينقل عنهن إلا بعدم جميعهن.

فرع: فإذا قلنا يقدم الأب عليهن، فعدم الأب، فالحضانة بعده للأخت، ثم العمة. قال ابن حبيب، عن أصبغ: ثم ابنة أخى الصبى، وليس لبنت الخالة، ولا لبنت العمة، ولا لبنت الأخت من الحضانة شىء، وقد تقدم قول أشهب فى ذلك.

مسألة: فإذا عدم النساء والأب، ففى كتاب محمد: والأخ ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم. قال محمد: والوصى، وولى النعمة أولى من الأم إذا تزوجت.

وقال مالك فى المدونة: مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة، وابن العم من الأولياء، وكذلك العصبة، وإنما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب.

ووجه ذلك أن من قدمنا ذكره قرابة وتعصيب.

فصل: وهذا إذا كانت الحضانة مع الأب فى بلد واحد، أو فيما حكمه حكم البلد الواحد، وأما مع اختلاف المواضع، فالأب ومن له حق من العصبة أولى بذلك.

وفى هذا بابان، الباب الأول: فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين. والباب الثانى: فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق.

* * *

الباب الأول: فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين

فإذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سكنى الأم، يريد السكنى، فله أن يرتحل بولده معه، تزوجت الأم أو لم تتزوج، وإن كان إنما هو مسافر، يجىء ويذهب، فليس له أن يخرجهم عن الأم، قاله مالك فى المدونة.

وقال فى الموازية: إن كان الولد يرضع، ذكرًا كان أو أنثى، وكذلك لو كان الولد كبارًا، ما دام يقيم. قال: وكذلك لو تزوج، فولد له، ففارق الزوجة، ثم أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء، ما لم يكن موضعها قريبًا، بحيث لا ينقطع عنه خبرهم.

ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له، وأثبت لنسبه.

مسألة: والوصى فى ذلك بمنزلة الأب. قال أصبغ، عن ابن القاسم فى العتبية: إذا

انتقل، فهو أحق بالصبيان غلمانًا كانوا أو جوارى، وليس لإخوتهم، ولا لأعمامهم وجدودهم منعه.

ووجه ذلك أنه الناظر لهم دونهم، ودون الحاضنة، وما لهم عنده، فكان كالأب.

مسألة: والأولياء بمنزلة الأب فى انتقالهم معه عن مكان الأم، تزوجت الأم أو لم تتزوج، قاله مالك. ووجه ذلك أنهم عصبة كالأب.

مسألة: وإن أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذى فيه أبوهم أو أولياؤهم، لم يكن لها ذلك؛ لأن مفارقة الطفل عصبته فى الدار كانتقال العصبة.

* * *

الباب الثانى: فى المسافة التى يحصل بها حكم التفرق
وكم قدر المسافة التى لا تأثير لها وتمييزها من المسافة المؤثرة

قال مالك فى المدونة: ليس للأم أن ترتحل بهم إلا البريد ونحوه، حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم. وقال ابن القاسم فى كتاب محمد: ليس لها أن ترحل بهم إلا مثل المرحلة أو المرحلتين، وقاله مالك.

وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية فيمن توفى عن بنت سنها ثمان سنين، وأرادت أمها أن ترتحل بها إلى خؤولتها على مسيرة مرحلتين، وأبى ذلك أعمامها: أن ذلك لهم دونها.

وقال محمد: أقرب ما للأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد، ولم ير أشهب أن تنتقل به الأم إلا إلى ثلاثة برد.

وجه القول الأول أن البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالبًا، وما زاد على ذلك، فإنه يشق تكرره لمطالعته، فلم يكن للأم إحداث هذه المضرة.

ووجه قول ابن المواز أن ما دون ستة برد ليس له حكم السفر، وإنما له حكم الحضر كالبريد.

مسألة: وهذا إذا كان الأب حرًا، فإن كان عبدًا لم يكن له أن يظعن به، سواء كانت أمه حرة أو أمة، قاله مالك فى المدونة. وقال فى غير المدونة: إلا أن يكون للعبد ولى فتظعن الأم بهم حيث شاءت.

ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه، وقد يخرجه سيده إلى بلد بعيد، ويتكرر ذلك من جهته، فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان الأب حرًا، والأم أمة، فعتق الولد، فإن الحضانة للأم، إلا أن يباع أو ينكح أو يظعن الأب، قاله مالك.

ووجهه أنه يلزم السيد إباحة مراعاة ولدها؛ لأنه كان عبده، فإذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه وسائر حقوقه، ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق، فإن كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق، فإن النكاح يبطلها، وكذلك إذا بيعت، فإنه لا يلزم المشترى أن يؤويه معها، والله أعلم.

مسألة: وهذا حكم النكاح، فأما أم الولد الموطوءة بملك اليمين، فهل لها حضانة إذا أعتقت. روى ابن المواز، عن ابن وهب: لا حضانة لها، وإنما ذلك فى الحرة، يطلقها الزوج. وروى ابن القاسم فى العتبية، عن مالك والموازية: وأم الولد أحق بالحضانة كالحرة.

وقول ابن وهب عندى مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضانة، ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه فى الظعن، فإذا كان مع الرق يمنع ذلك، فمع الظعن أولى.

مسألة: فإن عتقت أم الولد على أن تركت حضانة ولدها، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: أنه يرد إليها، بخلاف الحرة تصالح الزوج على تسليم الولد إليه؛ لأنه يلزمه. وروى عنه أبو زيد: أن الشرط لازم كالحرة.

فصل: وقوله: **«فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة»**، يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة، وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف، ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضيعًا يخاف أن يضر به، ويرى أن ذلك يبيح له أخذه، ويجعله أحق بحضانته.

ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت، فصار الصبى إلى جدته، ولم يعلم عمر أن الجدة تبتغى حضانته، أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة، **«فأدركته جدة الغلام»**، وهى السمراء بنت أبى عامر، **«ونازعته إياه»**.

فقد روى سفيان، عن عاصم بن عبيدالله بن عاصم، عن أبيه، عن جده أن جدته خاصمت فيه جده، وهو ابن ثمان سنين، وفى هذا نظر؛ لأنه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله ﷺ بسنتين، فلا يتصور أن يكمل فى خلافة أبى بكر ثمان سنين.

فصل: وقوله: «**وأتيا أبا بكر**»، يريد لأنه كان الإمام الذى يحكم بين الناس، «**فقال عمر: ابنى، وقالت المرأة: ابنى**»، فأظهر كل واحد منهما حجته، وسببه الذى يرى أنه يقتضى له أخذه.

«**فقال أبو بكر الصديق: خل بينها وبينه**»، يريد أنها لما استوعبت حجتها، ورأى أن المرأة أحق به، قضى على عمر أن يخلى بينها وبينه، وتذهب به، وتأخذ بحقها من حضانته، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فما راجعه عمر الكلام**»، يريد أنه سلم حكمه، والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به، وإن كان يرى هو غيره.

ولذلك قال مالك: وهذا الأمر الذى آخذ به فى ذلك، يريد ما أورده من حكم أبى بكر، رضى الله عنه، فى هذه القضية، والله أعلم.

* * *

العيب فى السلعة وضمانها

معنى هذه الترجمة، والله أعلم، أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها بيعًا فاسدًا يجب رده، فإن ضمان ذلك العيب، وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشترى الذى قبضها، وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونماء، فإن ذلك كله للمشترى.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مالكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَبْتَاعُ السِّلْعَةَ مِنَ الْحَيَوَانِ أَوِ الثِّيَابِ أَوِ الْعُرُوضِ، فَيُوجَدُ ذَلِكَ الْبَيْعُ غَيْرَ جَائِزٍ، فَيُرَدُّ، وَيُؤْمَرُ الَّذِى قَبَضَ السِّلْعَةَ أَنْ يَرُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ سِلْعَتَهُ.

قال مالك: فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السِّلْعَةِ إلا قِيمَتُهَا يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، وَلَيْس يَوْمَ يَرُدُّ ذَلِكَ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ ضَمِنَهَا مِنْ يَوْمَ قَبَضَهَا، فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ نُقْصَانٍ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ، فَبِذَلِكَ كَانَ نِمَاؤُهَا وَزِيَادَتُهَا لَهُ، وَإِنَّ الرَّجُلَ يَقْبِضُ السِّلْعَةَ فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ نَافِقَةٌ مَرْغُوبٌ فِيهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا فِي زَمَانٍ هِيَ فِيهِ سَاقِطَةٌ لا يُرِيدُهَا أَحَدٌ، فَيَقْبِضُ الرَّجُلُ السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ، فَيَبِيعُهَا بعَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وَيُمْسِكُهَا وَثَمَنُهَا ذَلِكَ، ثُمَّ يَرُدُّهَا، وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ مِنْ مَالِ الرَّجُلِ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ أَوْ يَقْبِضُهَا مِنْهُ الرَّجُلُ فَيَبِيعُهَا بِدِينَارٍ أَوْ يُمْسِكُهَا وَإِنَّمَا ثَمَنُهَا دِينَارٌ ثُمَّ يَرُدُّهَا وَقِيمَتُهَا يَوْمَ يَرُدُّهَا

عَشَرَةُ دَنَانِيرَ فَلَيْسَ عَلَى الَّذِى قَبَضَهَا أَنْ يَغْرَمَ لِصَاحِبِهَا مِنْ مَالِهِ تِسْعَةَ دَنَانِيرَ إِنَّمَا عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا قَبَضَ يَوْمَ قَبْضِهِ.

قَالَ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ السِّلْعَةَ، فَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى ثَمَنِهَا يَوْمَ يَسْرِقُهَا، فَإِنْ كَانَ يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنِ اسْتَأْخَرَ قَطْعُهُ، إِمَّا فِى سِجْنٍ يُحْبَسُ فِيهِ حَتَّى يُنْظَرَ فِي شَأْنِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَهْرُبَ السَّارِقُ، ثُمَّ يُؤْخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَيْسَ اسْتِئْخَارُ قَطْعِهِ بِالَّذِى يَضَعُ عَنْهُ حَدًّا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ سَرَقَ، وَإِنْ رَخُصَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلا بِالَّذِى يُوجِبُ عَلَيْهِ قَطْعًا، لَمْ يَكُنْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ أَخَذَهَا إِنْ غَلَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ[1].

الشرح: وهذا على ما قال أن من ابتاع شيئًا من الحيوان أو العروض ابتياعًا غير جائز، يريد فاسدًا، فيرد لأجل فساده، فإن المبتاع يرد على البائع، وهذا يقتضى رد البيع الفاسد، ولا خلاف فى ذلك.

والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد، عن عائشة، قالت: قال النبى ﷺ: «من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه، فهو رد».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع كله على ضربين، ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود، وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض. وأما ما له مثل، فإن هذا رده، بأن يرد المبتاع إلى البائع ما أخذ منه إن كان باقيًا، فإن عدمت تلك العين فمثلها.

ووجه ذلك أنه لا يفوت بفوات عينه؛ لأن وجود مثلها يقوم مقام وجودها، ولا يفوت بتغير أسواقها؛ لأن تغير عينها لا يفيت ردها، فبأن لا يفيتها تغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى.

مسألة: وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والأشجار، فلا يخلو أن يكون مما ينقل، ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كالدور والأشجار والأرضين.

فأما ما ينقل ويحول، فإذا فات عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته بالزيادة فى عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد، وبهذا قال مالك وأصحابه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٧١، ومعرفة السنن والآثار ١٢١/٨.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يرد ما كانت عينه موجودة، فإن فاتت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد بيع يقتضى أن لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة، فوجب أن يكون له نماؤه، وعليه نقصه كالبيع الصحيح.

فصل: وقوله: «**فليس لصاحب السلعة إلا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك إليه**»، يريد أنه لما قبضها على الضمان كان له نماؤها وعليه نقصها، وذلك يشتمل على تغيير البدن والقيمة.

وقال الشافعي: يلزمه قيمتها يوم التلف، واحتج مالك على ذلك بأنه ضمنها يوم قبضها، وذلك يصحح من قوله أنه لا خلاف أنها لو تلفت عينها لكان على المشترى ضمانها.

قال مالك: فلذلك كان على المبتاع نماؤها وزيادتها؛ لأن من ضمن الجملة ضمن الأبعاض، ومن ضمن الجملة والأبعاض كان له النماء بالضمان.

فصل: وقوله: «**فقد يقبض السلعة فى زمان نفاقها وقيمتها عشرة، ثم يردها فى زمان كسادها، وقيمتها دينار، فذهب من مال البائع تسعة دنانير أو يقبضها فى زمان الكساد، وقيمتها دينار ويردها فى زمان نفاق، وقيمتها عشرة، فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع بتسعة دنانير**»، يريد أن تغيير القيمة كتغيير البدن، فكما ليس له أن يأخذها سليمة قيمتها عشرة، ثم يردها معيبة، فكذلك ليس عليه أن يأخذها ناقصة فى بدنها، وقيمتها دينار، ويردها بعد تمامها وقيمتها عشرة، وكذلك الزيادة والنقصان فى القيمة.

فصل: وقوله: «**إنما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه**»، يريد أن من ذلك الوقت فى ضمانه بعقد تراضيا به، فله ما زاد وعليه ما نقص، وأما يوم الرد، فلا يعتبر بقيمته فى ضمان القيمة؛ لأنه لا تأثير لردها فى الضمان، وإنما يؤثر فيه القبض وهو سببه، فكان الاعتبار به.

فصل: وقوله: «**ومما يبين ذلك أن السارق يسرق السلعة، فإنما ينظر إلى قيمتها فى وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع**»، يريد أن القبض بالبيع الفاسد يعتبر فيه القيمة، فكان الاعتبار فى ذلك بقيمته يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق، وتأثيره فى وجوب القطع؛ لأنه لو سرق ما قيمته أقل من النصاب، ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع.

ولو سرق ما قيمته النصاب، ثم نقص عن ذلك، لم يسقط عنه القطع، وكذلك إن أخذ بالبيع الفاسد ما قيمته عشرة دنانير، ثم نقصت قيمته عن ذلك، لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير، ولو قبض ما قيمته دينار، ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم ما زاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض.

مسألة: وهذا فيما ينقل ويحول، فأما ما لا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار، فعند ابن القاسم لا تفوت بحوالة الأسواق وتغير القيمة.

مسألة: ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح، فمن اشترى سلعة شراء فاسدًا، ثم باعها بيعًا صحيحًا لم يرد بيعه، وصحح البيع الأول.

* * *

جامع القضاء وكراهيته

١٤٤١ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ كَتَبَ إِلَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ، أَنْ هَلُمَّ إِلَى الأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ سَلْمَانُ: إِنَّ الأَرْضَ لا تُقَدِّسُ أَحَدًا، وَإِنَّمَا يُقَدِّسُ الإِنْسَانَ عَمَلُهُ، وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّكَ جُعِلْتَ طَبِيبًا تُدَاوِي، فَإِنْ كُنْتَ تُبْرِئُ، فَنِعِمَّا لَكَ، وَإِنْ كُنْتَ مُتَطَبِّبًا، فَاحْذَرْ أَنْ تَقْتُلَ إِنْسَانًا، فَتَدْخُلَ النَّارَ، فَكَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ إِذَا قَضَى بَيْنَ اثْنَيْنِ، ثُمَّ أَدْبَرَا عَنْهُ، نَظَرَ إِلَيْهِمَا، وَقَالَ: ارْجِعَا إِلَيَّ أَعِيدَا عَلَيَّ قِصَّتَكُمَا مُتَطَبِّبٌ وَاللَّهِ.

الشرح: قول أبي الدرداء: **«هلمَّ إلى الأرض المقدسة»**، يريد المطهرة، والمقدس في كلام العرب المطهر، وإنما أراد موضعًا من الشام يسمى المقدس، ومن سمى مسجد إيلياء البيت المقدس، يريد المطهر، ومعناه أنه مطهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر، وكان ذلك في وقت من الأوقات، فلزمه الاسم والوصف بذلك.

ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها، أن فيها يطهر من الذنوب والخطايا، فيكون معنى المقدس، المقدس أهلها، ويدل على صحة هذا التأويل قول سليمان: **«إن الأرض لا تقدس أحدًا»**، ولا تطهره من ذنوبه، **«وإنما يقدسه عمله»**.

فيكون على هذا التأويل إنما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه

١٤٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٧٢.

بطاعة الله تعالى، وكان كثير منهم أنبياء، وسائرهم أتباعًا للأنبياء، ولعله كان ذلك فى وقت أمروا بملازمته كما أمر المسلمون بالهجرة إلى المدينة، فكان سكناها فى ذلك الوقت تقدس أهلها، وتطهرهم من الذنوب.

فصل: وقوله: **«وبلغنى أنك جعلت طبيبًا»**، يريد أنه يستفتى فى الدين فيفتى، ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب فى أمر الأدواء، **«فإن كنت تبرئ فنعما لك»**، يريد بالإبراء هاهنا إصابة الحق، ودفع الباطل؛ لأن الباطل، وما يضاد به الشرع، هو الداء الذى يسأل عنه المستفتى لإزالته، والإبراء منه بالحق الذى أمر الله به.

فإن كان المفتى يبرئ قوله من ذلك، ويزيل الباطل، ويثبت الحق، فنعما له، أى أنه نعم العمل عمله ذلك، ونعم ما له فيه من الأجر الجزيل.

فصل: وقوله: **«وإن كنت متطببًا»**، يريد متخرصًا فيما تفتيهم به، غير عالم بوجه صوابه، تخاف الخطأ ومخالفة الحق، **«فاحذر أن تقتل إنسانًا فتدخل النار»**، يريد أن يحكم بغير الحق، فيزيد الباطل بك، ويزيد إلى حد لا يمكن استرجاعه، فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه، فعاناه بما يضره حتى قتله، وفات تلافى أمره.

ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتى على إنسان بقتل، وهو لا يجب عليه، فيدخل النار بذلك، وهذا فيمن يتسور فى الفتوى بغير علم، فيخطئ فيما يفتى به، وأما من كان من أهل العلم فأخطأ، فأرجو أن لا يتم ذلك.

وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ، فله أجر، وإن أصاب، فله أجران».

وروى عنه أنه قال: «سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله، إمام عادل»، الحديث.

إلا أن العالم قد يأثم فى الخطأ إذا لم يجتهد ويحذر مواقعة النار بإغفال الاجتهاد، والتقصير فيه، لكن ظاهر الحديث إنما يقتضى الإخبار عن فتوى الجاهل، ولذلك أخبر بهذا عن المتطيب، وهو المتسور المتخرص.

ولذلك كان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين استرجعهما، وأعاد النظر فى أمرهما مبالغة فى الاجتهاد، ثم يقول: «متطبب، والله»، يصف نفسه بذلك على معنى الإشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد ما يرضيه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ: سَمِعْت مالكًا يَقُولُ: مَنِ اسْتَعَانَ عَبْـدًا بِغَـيْرِ إِذْنِ سَـيِّدِهِ فِـي شَـيْءٍ لَـهُ بَـالٌ وَلِمِثْلِهِ إِجَارَةٌ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ الْعَبْدَ إِنْ أُصِيبَ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ، وَإِنْ سَلِمَ الْعَبْـدُ، فَطَلَبَ سَيِّدُهُ إِجَارَتَهُ لِمَا عَمِلَ، فَذَلِكَ لِسَيِّدِهِ، وَهُوَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن مـن استعان عبـدًا بغير إذن سيده فيمـا لمثلـه إجارة فى المعتاد، والأغلب من أحوال الناس، فهو ضامن لما أصاب العبد، مـن هـلاك أو نقص فى بدن، وهذا المشهور من مذهب مالك.

وقد روى ابـن وهـب: ليـس فـى العبيـد يستأجرون ضمـان مـا أصـابهم، وإن قـال سادتهم: لم نأمرهم بالإجارة، إلا أن يستعملوا فى أمـر مخـوف كـالبئر الحمئـة، والهـدم تحت جدار، فيضمن، إن لم يكن بإذن السيد.

وجه قول ابن القاسم أن المستأجر له متعد أو فـى حكـم المتعـدى إن لـم يثبـت إذن السيد، فوجب أن يكون ضامنًا، كما لو تعدى على دابته، فركبها بغير إذنه.

ووجه قول مالك أن العبد يتصرف ويعقد، ولا يعرف حجر سـيده عليـه، وهـل هـو مملوك، فلا يضمن باستعماله فى الأمور المعتادة، وإنمـا يضمـن فـى الأمـور الخطـرة التـى فيها الهلاك غالبًا.

قال سحنون فى كتاب ابن عبدوس: إلا أن يكون السـيد قـد حجـر عليـه أن يؤاجـر نفسه، وأبان ذلك بالإشهاد، فظاهر قول أصحابنـا المخـالف لروايـة ابـن وهـب يقتضـى تضمين المستعمل لعدم الإذن، ويحتمل أن تكون رواية ابن وهـب مبنيـة علـى مـا قدمنـاه من أن الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه.

ويحتمل أن يكون سقط الضمان فى رواية ابـن وهـب؛ لأنـه اسـتأجره، ولـم يستعنه بغير أجرة؛ لأن الذى يقتضى حمله على الإذن من سـيده فـى العمـل، إنمـا هـو فـى عمـل بعوض.

وأما العمل بغير عوض، فلا يحمل عليه إلا ببينة، فمن استعمله بعوض لـم يوجـد منـه تعد يضمن به، وإنما يكون التعدى ممن استعمله بغير أجر، والله أعلم.

مسألة: وإن أذن له السيد فى عمل معين، فاستؤجر فى غيره، فقد روى عيسى، عـن ابن القاسم، عن مالك فى العبد الخياط والنجار، يستأجره رجل فى غير عمله، يحمل لـه شيئًا أو ينقل له لبنًا أو غير ذلك، فهلك العبد، فلا ضمان عليه.

وقد يرسل إليه سيده ليبنى، فيتعذر عليه البناء، فيؤاجر نفسه فى غير ذلك، فلا ضمان عليه إلا أن يدخله فى عمل له خطر. قال ابن القاسم: أو يرسله فى سفر.

مسألة: ولو استعمله بغير أجر فيما أذن له فيه من البناء والأسفار، فقد قال محمد: يضمن إن هلك، ولو استأجره لم يضمن.

ووجه ذلك أنه استعمله على وجه التعدى؛ لأنه إنما أذن له فى العمل بأجر فمن استعمله بغير أجر، فقد تعدى عليه كالغاضب.

مسألة: فإن أذن له السيد فى العمل على الإطلاق، فاستعمله المستأجر، فإن الأعمال على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يستعمله فى مخوف أو سفر، فإنه يضمن ما أصابه.

قال مالك فى المدونة: قال: لأنه لم يؤذن له فى الغرر، وإنما أذن له فى العمل المأمون، يريد المعتاد، ولو أذن له فيه بعينه، لم يضمن.

والضرب الثانى: أن يستعمله فى عمل معتاد، له إجارة، فهذا فى ضمان العبد فيه الخلاف المتقدم مع عدم الإذن.

والضرب الثالث: أن يستعمله فى عمل معتاد، لا أجر له، كمناولته القدح والنعل، فلا ضمان فيه، قاله ربيعة. وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب، ولا أجرة فيه مع السلامة، ولا ضمان فيه مع التلف.

فرع: وما وجب فيه الضمان، فإن السيد مخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله، قاله ابن القاسم.

ووجهه أنه قد تعدى على الرقبة، واستوفى العمل وضمانهما متناف، فكان له أن يطلب أيهما شاء.

مسألة: وأما الصبى الصغير، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز استئجاره. وقال مطرف وابن الماجشون: لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ، والجارية لم تحض أنفسهما إذا عقلا.

ومعنى قول ابن القاسم عندى إذا لم يكونا معرضين لذلك. وأما إذا كانا معرضين لذلك، ومأمورين به، فقول مطرف وابن الماجشون حسن؛ لأن الأكثر من الأيتام، كان يمنع من لا ولى له أو له ولى، ويتصرف تصرفًا لا يمكن وليه أن يباشر استئجاره فيه لتكرره.

فرع: فإن كان الوجه الذى يجوز، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يدفع إجارتهما إليهما، ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن شيء له بال، وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم، فهو بمنزلة عقدهما، ويبرئه الدفع إليهما، وله المسمى، إلا أن تكون فيه محاباة، فيتم إجارته.

وإذا كان على الوجه الذى لا يجوز، فعمل فله الأكثر من المسمى، وإجارة مثله، فإن هلك، قال ابن القاسم: عليه الأكثر مما سمى أو قيمة عمله، وعلى عاقلته ديته، ولذلك لم يكن فيه تخيير؛ لأن الدية على غير المستأجر.

قَالَ: وسَمِعْت مالكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَعْضُهُ حُرًّا وَبَعْضُهُ مُسْتَرَقًّا: إِنَّهُ يُوقَفُ مَالُهُ بِيَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئًا، وَلَكِنَّهُ يَأْكُلُ فِيهِ، وَيَكْتَسِي بِالْمَعْرُوفِ، فَإِذَا هَلَكَ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن العبد قد يكون بعضه حرًا، وذلك يكون على وجوه، منها أن يعتق المعسر حظه منه، فلا يقوم عليه حظ شريكه لعسره، ومنها أن يوصى بعتقه، ولا يترك مالاً غيره، فيعتق ثلثه، وغير ذلك من الوجوه.

فإن هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه، وما اكتسبه بعده، ولا له أن يفوت شيئًا منه بغير عوض، إلا برضا السيد إلا فى كسوته ونفقته، من كتاب ابن المواز وابن سحنون، عن أبيه.

فصل: وقوله: **«ليس له أن يحدث فيه شيئًا»**، يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من يده، ولا للعبد أن يفوته، وله أن يتجر فيه وينميه فى التجارة المأمونة فى أيامه التى له، رواه ابن نافع، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أن تصرفه فى تلك الأيام له، وله أن ينمى ماله لحقه فيه، وليس للسيد إزالته من يده، ويعمل فى يومه ما شاء، يطحن، ويحمل، قاله مالك.

مسألة: وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئًا، وإن احتاج إليه، رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذى فيه حق، فليس لأحد أن يفوته عليه، ولأنه لما لزمته نفقة من أجل الحرية أثرت فى المال، والمنع منه بمنزلة مال المكاتب، وبمنزلة المال المشترك.

فصل: وقوله: «**ولكنه يأكل منه، ويكتسي بالمعروف**»، ظاهر اللفظ يقتضى أنه ينفق منه على جملته دون حصة الحرية، وذلك أن المال مشترك، ولذلك منع منه لحق سيده، فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك في العتبية: ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئًا، وإن احتاج إليه، وإن مرض العبد، فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه، فظاهر هذا أنه ينفق على نفسه فى سائر الأيام مما يكتسب.

فإن احتاج إلى أن ينفق منه لمرض، فعلى السيد أن ينفق على حصته، وينفق العبد من ماله على حصته الحرة؛ لأن المال إنما يكتسبه وينميه في زمن يعمل فيه بجزء الحرية، والله أعلم.

ولعله أراد أن العبد المريض الذى ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال، فلذلك لزم السيد أن ينفق على حصته منه.

مسألة: وهذا إذا كان مقيمًا معه، فأما إن أراد السفر به إلى حاجته، فأجبر العبد على الخروج معه، فقد قال ابن حبيب وابن المواز، عن مالك: على السيد كراؤه ونفقته. زاد ابن حبيب: وإجارته فى أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره، ويمكنه العمل والكسب وإلا فالنفقة على السيد حتى يقدم به.

ووجه ذلك أن سفر السيد أبطل عليه عمله فى أيامه، فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره، وكانت تلك الأيام كلها فى خدمة السيد، فكان عليه حق ما للعبد منها.

مسألة: وليس للعبد أن يسافر إلا بإذن السيد، قاله ابن المواز وابن سحنون، عن أبيه.

ووجه ذلك أنه ليس له الذهاب لحق السيد فيه، وحكم الرق أغلب.

مسألة: ولو أراد السيد أن يسافر به، ففى الموازية: له ذلك فى الأمر القريب، وأما ما بعد، فقال مالك فيها، وفى العتبية من سماع ابن القاسم عنه: يكتب له القاضى كتابًا إن خاف أن يباع أو يظلم.

وقال فى كتاب ابن المواز: وهذا إذا كان السيد مأمونًا، قال عنه أشهب: وكان العبد غير مستعرب. وروى ابن كنانة، عن مالك فى الواضحة: لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونًا، والعبد مستعربًا. وروى عنه ابن القاسم: إذا كان العبد مستعربًا، فذلك له.

وإن كان السيد غير مأمون، كتب له القاضى كتابًا فيما بعد، وبه أخذ ابن القاسم. قال أشهب: قد ينبغى أنه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره، قال عنه ابن حبيب: وإن كان العبد مستعربًا، وقال عنه ابن المواز وابن حبيب: لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك، فلا يسافر به إلا برضاه.

وجه قول مالك ما قاله فى العتبية سحنون، عن ابن القاسم: إن الحرية تبع للرق فى هذا، كما تبعه فى الحدود والشهادة وغيرهما.

ووجه مراعاة أمان السيد، أنه المالك له والذى يخاف من جهته.

ووجه مراعاة استعراب العبد، أنه إذا كان مستعربًا، لم يتم عليه ذلك، إلا بما يتم على سائر الأحرار؛ لأنه يبين عن نفسه، ويقوم بحجته، فإذا كان أعجميًا وغدًا، جرى من ذلك عليه ما لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه، ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه.

مسألة: وهذا فى سفر التجول، فأما سفر التنقل من بلد إلى بلد، فإن كان ينتقل إلى حاضرة، قضى على العبد بذلك، وإن كره، وإن أراد الانتقال إلى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب، فهو مثل السفر.

ولها عندى وجه على قول من لا يغلب الرق على الحرية، وذلك أن السيد له غاية يرجع منها، ويعتد مدة للسفر على السيد.

وأما الانتقال، فإن كان بموضع له فيه مكسب وتصرف، فلا مضرة عليه فى ذلك، وإن كان بموضع لا مكسب للعبد فيه، فذلك مبطل لحظ الحرية، وأما على من يغلب الرق، فلا يراعى ذلك، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للسيد من خدمة العبد بقدر ما له فيه، وللعبد بقدر ما فيه من الحرية، واقتسام ذلك بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرفق، وإزالة الضرر يومًا بيوم أو جمعة بجمعة أو شهرًا بشهر، جائز. ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: والشهران كثير.

قال مالك فى العتبية والموازية: وقد قيل له للمعتق ثلثه حظ فى كل يوم أو جمعة، فقال: لا، ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر، شهر.

قال مطرف وابن الماجشون فى اقتسام العبد الدنىء، أو الأمة للخدمة، أو الغزل يكون يومًا بيوم، وأما العبد النبيل التاجر أو ذو الصنعة، أو الأمة شأنها الرقم، وشبهه

من العمل المرتفع، فلا تقسم الخدمة فيهما يومًا بيوم لما فيه من الضرر، ولكن شهرًا بشهر، وجمعة بجمعة.

وأما عبد الخراج، فلا خير في قسمة خراجه مشاهرة، ولا بأس أن يقتسماه يومًا بيوم إذ لا خطر له، وقاله مالك. وقال ابن المواز: لا يجوز في يوم بيوم ولا غيره.

وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج، وذلك يختلف بطول المدة ويقرب في قصيرها.

ووجه المنع من ذلك أنه يؤدى إلى التفاضل في العين، وسواء ما يؤدى من الخراج مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائه في الأيام لنشاط وكسل، وضعف وقوة، ومرض وصحة، ونفاق وكساد، والله أعلم.

مسألة: وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة، قال ابن المواز: يستهمان.

ووجه ذلك أن لكل واحد منهما حقًّا، فإن اتفقا على أمر يتراضيان به، وإلا استهما؛ لأن الاستهام طريق إلى تعيين حق أحد الشريكين عند تعذر ذلك، كالقسمة.

مسألة: فإن شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق، لم يحتسب بذلك عليه، وليأتنفا القسمة، قاله أشهب، عن مالك في العتبية.

مسألة: ومن بدأ منهما، ثم مرض في أيام الآخر، ففي العتبية والواضحة عن مالك وأصحابه: لا يرجع أحدهما على الآخر. قال أشهب: كما لو استهما، قال: والإباق كالمرض في ذلك.

فصل: وقوله: «**فإن هلك، فماله للذى فيه الرق**»، وبه قال أبو حنيفة والزهرى. وقال الشافعي في أحد قوليه: ماله بين المعتق لنصفه وبين المستمسك برقه، إن لم يكن له ولد، فإن كان له ولد، فميراثه للمتمسك بالرق ولولده، وبه قال عطاء وطاوس.

والدليل على ما نقوله أنه موروث بالرق، فلم يورث بالنسب ولا بالولاء، كالمسترق جميعه.

قَالَ: وسَمِعْت مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْوَالِدَ يُحَاسِبُ وَلَدَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ يَكُونُ لِلْوَلَدِ مَالٌ نَاضًّا كَانَ أَوْ عَرْضًا إِنْ أَرَادَ الْوَالِدُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال،

بميراث كان أو غيره، أو كان يأخذ له عطاء فى كل عام، ثـم تمـادى الأب فـى الإنفـاق عليه، فإن لـه ذلـك، سـواء كـان مـال الابـن عينـًا أو عرضـًا، قالـه مـالك هكـذا علـى الإطلاق.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعناه عنـدى أن يقـول الأب: إنمـا أنفقـت عليـه من مالى لأرجع عليه، فله الرجوع عليه بما أنفق عليه مـن يـوم أفـاد المـال دون مـا أنفـق عليه قبل ذلك، فإن فضل للأب شىء عن مال الولد، لم يرجع عليه بشىء.

ووجه ذلك أنه قد ينفق عليه من ماله الذى يتصرف بين يديه لمشقة وصولـه إلى مـال ابنه، وهو مختزن عنده، فيشق عليه تناوله فى كل وقت، فيرى الإنفـاق مـن مالـه لـيرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرفق به.

فرع: وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه فى سائر السنين بقـدر غـلاء كل سنة ورخصها، قاله فى العتبية من سماع ابن القاسم وغيره.

ووجه ذلك عندى أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشترى بها ما احتاج إليه من طعـام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك، ولو كان عنده طعام، فأنفق عليه منه رجع عليـه بمثل كيله، والله أعلم.

مسألة: فإن مات الولد عن أم أو جدة، فإن للأب أن يرجع بمـا أنفـق عليـه فـى مـال الولد، وإن أبته الورثة معه. قال مالك فى الموازية: وهل عليه يمين أم لا؟ قـال مـالك: إن كان مقلاً، فلا يمين عليه، وإن كان غنيًا، فاليمين عليه أنه أنفق ليرجع به.

وروى سحنون، عن مالك: أنه لا يمين، ثم رجع فقال: يحلف.

وجه نفى اليمين أنها يمين تهمة، وظن دون دعـوى ولا تحقيـق. وقـد اختلـف مـالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره، وبالله التوفيق، وهذا إذا لم يكـن الأب أشـهد بذلـك، وأما لو أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن مات الأب، فأراد الورثـة أخـذ النفقـة مـن مـال الابـن، قـال مـالك فـى الموازية والعتبية: إن كان مال الابن عينًا، وهو عند الأب يمكنه الإنفاق منـه، فلـم ترجـع الورثة فيه بشىء، وإن كان كتبه الأب عليه، إلا أن يوصى بذلك؛ لأن مـن عـادة الآبـاء أن يرفقوا الأبناء بالإنفاق عليهم، وإن كان لهم مال.

وإن كان مال الولد عرضًا أو حيوانًا، فللورثة محاسبة الابـن بذلـك، إذا كتبـه، وقـال

ابن القاسم فى العتبية: هذا أحسن ما سمعت. قال ابن المواز: ووجدت لمالك، يحاسبونه إذا كان المال عرضًا، ولم يقل كتبه أو لم يكتبه.

ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به، فهذا لم يختلف قول مالك فى أنه يرجع به. وأما إذا أهمل ذلك، ولم يكتبه، فهذا الذى اختلف فيه قول مالك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو قال الأب فى مرضه: لا تحاسبوه، وماله عرض، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم، ذلك جائز نافذ، وليست بوصية لوارث؛ لأنه شىء فعله فى صحته.

وقال أشهب: أرى أن يحاسب فى العين، وإن أوصى الأب أن لا يحاسب، ولا يصدق فى قوله: كنت أنفق عليه من مالى. ومعنى ذلك أنه غير معين، والله أعلم.

١٤٤٢ – مَالِك عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دَلافٍ الْمُزَنِىِّ، أَنَّ رَجُلا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَيَشْتَرِى الرَّوَاحِلَ، فَيُغْلِى بِهَا، ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ، فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَأَفْلَسَ، فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ، فَإِنَّ الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِىَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجَّ أَلا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرِضًا، فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ، نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ، وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ، فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ، وَآخِرَهُ حَرْبٌ.

الشرح: قوله: **«أن رجلاً من جهينة، كان يسبق الحاج»**، يريد أنه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه، ويشترى له الرواحل السابقة، فيزيد فى ثمنها إما لأن قيمتها أعلى من قيمة غيرها، أو لأنه كان يزيد على قيمتها؛ لأن من كانت عنده كان لا يسمح بها إلا بأكثر من قيمتها لضنانته بها، لاسيما ممن يشتريها بالدين.

ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج، فكان يتعبها ويجهدها، حتى أنه ربما أعجفها، وأهلكها، فتلف بذلك ماله، وقام عليه غرماؤه، وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين، وهو معنى فلسه، وقد تقدم الكلام فيه، والله أعلم.

فصل: وقول عمر، رضى الله عنه: **«أيها الناس، ألا وإن الأسيفع أسيفع جهينة»**، قيل: إن ذلك الرجل كان اسمه الأسيفع، وقال ابن مزين، عن ابن وهب وابن نافع: هو لقب لزمه.

١٤٤٢ – أخرجه الدارقطنى فى سننه ٤/٢٣١، وتلخيص الحبير ٣/٤٠، ٤١، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٧٣.

وقال ابن مزين، عن ابن وهب: وهو تصغير أسفع، وهو الضارب إلى السواد. وقال: إنه وصفه بذلك للونه. قال العتبى: الأسفع الذى أصاب خده لون مخالف لسائر لونه من سواد.

وقوله: «**رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج**»، يريد، والله أعلم، أنه رضى بذلك عوضًا مما أتلفه من دينه وأمانته بإتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة، إلا قول الناس أنه سبق الحاج.

فصل: وقوله: «**اداان معرضًا**»، يقال اداان الرجل، فهو مدان إذا اشترى بالدين، يقال تداين واداان واستدان، وإذا أعطى بالدين، قيل أدان. وأما المعرض، فقال أبو زيد: هو الذى يعترض الناس، فيشترى ممن أمكنه، سمى المعرض هاهنا بمعنى المعترض، يعنى اعترض لكل من يقرضه.

قال: ومن جعله بمعنى المتمكن على ما فسره أبو زيد، فهو بعيد؛ لأن معرضًا منصوب على الحال، فإذا فسرته بمن يمكنه، فالمعترض هو الذى يعرض؛ لأنه هو المتمكن.

وقال أبو عبيد: ويروى معرض بالرفع. وقال ابن شميل: فاداان معرضًا، معناه يعرض، إذا قيل له لا تستدن.

وروى أبو حاتم، عن الأصمعى، أنه قال: معناه أنه أخذ الدين، ولم يبال أن لا يؤديه. وقال العتبى: لا يجوز اداان معرضًا، إلا أن يكون أراد استدان معرضًا عن الأداء، وهو قول أبى حاتم.

وقال ابن وهب: معنى اداان معرضًا، أى اغترق الدين ماله، فأعرض بأموال الناس مستهلكًا لها متهاونًا، رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع.

فصل: وقوله: «**فأصبح قد رين به**»، قال أبو عبيد الهروى: معناه قد أحاط الدين بماله، وقال شمر: رين به، ورين عليه، وريم عليه، واحد معناه مات. وقال أبو زيد: رين بالرجل، إذا أوقع فى أمر لا يستطيع الخروج منه.

قال ابن مزين: وقال ابن نافع وابن وهب: قد شهر به. قال يحيى وقال غيره: قد أحيط به. وقال فى قوله تعالى: ﴿**بل ران على قلوبهم**﴾ [المطففين: ١٤]، يقول طبع على قلوبهم، وأحاط بها سوء أعمالهم. وقال العتابى الأعرابى: رين به، انقطع به.

وقال السلمى: رين به، تحير. وقال سابق البربرى:

وترك الهوى للمرء فاعلم سعادة   وطاعته رين على القلب رائن

وهذه المعانى متقاربة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فمن كان عليه دين، فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بينهم**»، يريد أنه قد ضاق ماله عن ديونه، فحجر عليه عمر التصرف فيه، وجمعه ليوزعه على غرمائه بقدر حصصهم مما لهم عنده، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإياكم والدين**»، على معنى النهى عنه والتحذير من سوء عاقبته فى الدين والدنيا.

وقوله: «**فإن أوله هم، وآخره حرب**»، بتحريك الراء، الحرب السلب، ورجل محروب بمعنى مسلوب، يريد أن أول أمر من عليه دين الهم بأدائه مع ضيق يده عنه، والمخالفة لسوء عاقبته، وآخر أمره أن يسلب ماله، وما يضن به من عقار وحيوان وغير ذلك، ويشفق من بعده، فيباع عليه، ويقضى منه غرماؤه.

* * *

ما جاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْت مالكًا يَقُولُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا فِي جِنَايَةِ الْعَبِيدِ أَنَّ كُلَّ مَا أَصَابَ الْعَبْدُ مِنْ جُرْحٍ جَرَحَ بِهِ إِنْسَانًا أَوْ شَيْءٍ اخْتَلَسَهُ أَوْ حَرِيسَةٍ احْتَرَسَهَا أَوْ ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ جَذَّهُ أَوْ أَفْسَدَهُ أَوْ سَرِقَةٍ سَرَقَهَا، لا قَطْعَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ لا يَعْدُو ذَلِكَ الرَّقَبَةَ، قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ، فَإِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَةَ مَا أَخَذَ غُلامُهُ أَوْ أَفْسَدَ أَوْ عَقْلَ مَا جَرَحَ أَعْطَاهُ، وَأَمْسَكَ غُلامَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسْلِمَهُ أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ، فَسَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ[1] .

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن ما أصاب العبد على هذه الوجوه التى ذكرناها. زاد ابن القاسم وابن وهب، عن مالك فى المجموعة: أو غصب امرأة، فوطئها، فلزمه ما نقص فى الأمة، وفى الحرة صداق مثلها.

فإن ذلك كله فى رقبته لا يعدوها، ومعنى تعلق ذلك برقبته، أن رقبته تسلم فى هذه

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٧٤.

الجنايات، إلا أن يشاء سيده أن يفتديه منها بأرش الجناية، قلت الجناية أو كثرت، وهذا كله؛ لأنه تعدى فيما لم يؤتمن عليه، ولم يسلم إليه.

وأما ما اؤتمن عليه أو أسلم إليه، فقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: كل عدوى كان من العبد، فيما اؤتمن عليه من وديعة أو بضاعة، أو استؤجر على عمل أو عارية، أو كراء أو ما صار بيده بإذن أهله، فيبيع ذلك، أو يأكله، إن كان طعامًا، فذلك فى ذمته، إلا فى وجه واحد، أن يتعمد فساد ذلك الشىء بقطع الثوب، وعقر البعير، فذلك فى رقبته، وقاله أصبغ، وقال: ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك.

فوجه قول ابن الماجشون أنه أتلفه لمنفعة نفسه، فلذلك تعلق بذمته. وأما عقر البعير وقطع الثوب، فإنه قصد إتلافه لغير منفعة له فى ذلك، فتعلق ذلك برقبته.

ووجه قول ابن القاسم أنه قصد إتلاف ما اؤتمن عليه، فتعلق بذمته دون رقبته، كما لو أكله.

مسألة: ومن استأجر عبدًا ليوصل له بعيرًا إلى منهل، فنحره، وقال: خفت عليه الموت، روى ابن القاسم، عن مالك أنه قال: ومن يعلم مثل هذا أراه فى رقبته.

وقال: مثل ذلك إذا آجره على أن يعلف البعير، فيبيعه أو ينحره، فيأكل لحمه، وهو بمنزلة ما لو آجره على رعاية غنم، فنبحها، أو حراسة حائط فيجده، أو على أن يحمل له شيئًا إلى بيته، فيسرق من البيت ثوبًا، ولم أره كالصانع يقول: ذهب المتاع.

مسألة: وإذا قال العبد لرجل: سيدى يسألك ألف دينار سلفًا، فدفعها إليه ببينة، فأتلفها، قال ابن القاسم فى الموازية: فى رقبته وإن لم يكن للعبد مال. قال أصبغ: لا فرق بين الخديعة والخيانة، وذلك فى رقبته.

وروى سحنون، عن أشهب فى العتبية: هذه خلابة، وذلك فى رقبته إن ادعى أنه أتلفه، أو دفعه إلى سيده. قال ابن المواز فى قول ابن القاسم: ليس هذا بشىء، وقوله الآخر: إنها فى ذمته.

وجه القول الأول أن يده فى قبضها يد سيده، ولم تسلم إلى العبد ليكون هو المؤتمن عليها. ووجه القول الثانى أنها سلمت إليه باختيار مالكها، فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كما لو أودعها.

* * *

ما يجوز من النحل

١٤٤٣ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: مَنْ نَحَلَ وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نُحْلَهُ، فَأَعْلَنَ ذَلِكَ لَهُ وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا فَهِىَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ.

قَالَ مَالِك: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ نَحَلَ ابْنًا صَغِيرًا لَهُ ذَهَبًا أَوْ وَرِقًا، ثُمَّ هَلَكَ وَهُوَ يَلِيهِ، إِنَّهُ لا شَىْءَ لِلابْنِ مِنْ ذَلِكَ إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ عَزَلَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ دَفَعَهَا إِلَى رَجُلٍ وَضَعَهَا لابْنِهِ عِنْدَ ذَلِكَ الرَّجُلِ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ لِلابْنِ.

الشرح: قوله: «من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك، وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه، إنما هو لابنه فالعطية جائزة وإن وليها الأب»؛ لأنه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره، وذلك أن الموهوب على ضربين، عين وغير عين.

فأما غير العين، فما كان يحاز، ولا ينتفع الأب به حال الحيازة وبعدها كالجنة يستغلها، أو الربع يكريه، أو السلعة يمسكها له، أو يبيعها، فإنه يصح حيازة الأب إياها لابنه، وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها، أو الثوب يلبسه، فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك؛ لأن انتفاعه به كسكنى الدار، ولبس الثوب ينافى حيازة الابن.

مسألة: وهذا فيمن وهب معينًا، فأما إذا وهب جزءًا مشاعًا، فاختلف قول مالك فى جواز حيازة الأب لابنه، فروى عن مالك: أنه جائز. وقال ابن الماجشون: ثم رجع مالك وقال: لا يجوز ذلك إلا فى العين، وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ.

وجه القول الأول أن ما صحت هبته صحت حيازته كالعين. ووجه القول الثانى أن رهن المشاع لا يجوز؛ لأن الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائره بيد المرتهن، فكذلك فى الهبة.

مسألة: وأما العين، فاختلف فى صحة احتياز الأب إياه، وقد تقدم ذكر ذلك، وهذا حكم الأب فى الاحتياز. وأما الأم، فاختلف أصحاب مالك فيها، فالذى قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته، إلا أن تكون وصية. وقال ابن وهب: تحوز الأم والأجداد والجدة إذا كان صغيرًا فى حجرهم، وإن لم يكونوا أوصياء.

١٤٤٣ – ذكره فى الكنز برقم ٤٦٢١٢ وعزاه السيوطى لمالك، عن أبى هريرة.

وجه القول الأول أن من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المباراة عنه والتصرف فـي مالـه، فإنه لا يجوز أن يحوز ما وهبه له، كالأخ.

ووجه القول الثانى أن كل من له ولادة عليه وحضانة فإنه يحوز ما وهبه له، كالأب.

فصل: وقول عثمان، رضى الله عنه: **«من نحل ابنًا له صغيرًا، وحازه لـه، وأشـهد بـه أنه حائز للابن، ولم يذكر فى جميع ما ينحل»**، يحتمل أن يريد به كل نحل من عـرض أو عين قد ختم عليه الأب وأشهد، فيجوز ذلك على رواية عن مالك.

ويحتمل أن يريد به العرض خاصة، فيجوز على القولين، ويحتمل مـن جهـة اللفـظ أن يريد العرض والعين، مختومًا أو غير مختوم، فلا يجوز فى غير المختوم فى قول مالك.

فصل: وقول مالك: **«إن من نحل ابنه الصغير ذهبًا أو ورقًا، أنـه لا شـىء للابـن مـن ذلك، إلا أن يكون عزلها بعينها، أو دفعها إلى رجل، فيجوز»**، فأما وضعها عنـد غـيره، فلا خلاف فى المذهب فى جواز ذلك.

وأما عزلها، فهو أن يجعلها فى شىء، ويختم عليها، ويشـهد علـى ذلـك، وقـد تقـدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما يغنى عن إعادته هاهنا.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

ما تقع فيه الشفعة

أصل الشفعة أن الرجل كان إذا باع في الجاهلية منزلاً أو حائطًا، أتاه الجار أو الشريك، فيشفع إليه فيما باع فشفعه، وجعله أولى ممن بعد سببه، فسميت شفعة، وطالبها شفيعًا.

١٤٤٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ، فَلا شُفْعَةَ فِيهِ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ السُّنَّةُ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا عِنْدَنَا.

١٤٤٥ - **قَالَ مَالِك**: إِنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الشُّفْعَةِ هَلْ فِيهَا مِنْ سُنَّةٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ الشُّفْعَةُ فِي الدُّورِ وَالأَرَضِينَ، وَلا تَكُونُ إِلا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

١٤٤٤ - أخرجه الترمذي في الأحكام ١٣٧٠. والنسائي في البيوع ٤٧٠٢، ٤٧٠٥. وأبو داود في البيوع ٣٥١٤، ٣٥١٥. وابن ماجه في الأحكام ٢٤٩٧، ٢٤٩٩. وأحمد في باقي مسند المكثرين ١٣٧٣٤، ١٤٥٨١، ١٤٨٥٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٣٤/٨: هكذا روى هذا الحديث عن مالك أكثر الرواة للموطأ وغيره مرسلا، إلا عبدالملك بن عبدالعزيز الماجشون وأبا عاصم النبيل ويحيى بن إبراهيم بن داود ابن أبي قبيلة المدني وأبا يوسف القاضي وسعيدًا الزبيري فإنهم رووه عن مالك بهذا الإسناد، متصلا عن أبي هريرة مسندا. واختلف فيه عن ابن وهب، عن مالك فروى عنه مرسلا كما في الموطأ، وروى عنه مسندا كرواية ابن الماجشون، ومن تابعه، وكذلك اختلف فيه عن مطرف، عن مالك سواء.

١٤٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٨٥.

١٤٤٦ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «**قضى رسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم**»، يقتضى تعلق الشفعة به قبل القسمة، والظاهر أنه من جنس ما يقسم. وأما ما لا يصح فيه القسمة، فإنه لا يقال فيه ما لم يقسم كما لا يقال فى الإنسان يثبت فيه حكم كذا، ما لم يقسم؛ لأن ذلك يقتضى أن له حالة يقسم فيها.

وما ينقسم على ضربين، ضرب يقسم بالحدود كالأرضين وما فيها من المبانى والأشجار، وضرب ينقسم بغير حدود كالمكيل والموزون والمعدود، وبعض المذروع.

فقوله ﷺ: «**فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة**»، يقتضى اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه الحدود، وينظر فيما ينقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود.

فإن وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألحقناه بما فيه الشفعة، وإن وجدناه مختصًا بما تضرب فيه الحدود، قصرنا الشفعة عليه، ووجدنا ما تثبت الشفعة فى جنسه، يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة، فثبت أن لكون المبيع مما تصح فيه القسمة بالحدود، تأثيرًا فى إثبات الشفعة؛ لأنه قد وصف بذلك ما ثبت فيه الشفعة.

والظاهر أن الحكم إذا علق على صفة، فإن تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم، وثبت بقوله: «**فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**»، أن للقسمة تأثيرًا فى إبطالها، وثبت أن الشفعة إنما ثبتت لإزالة ضرر، ولا تصح أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق.

فإن ضرر الشركة أثبت فيما لا يقسم، كالعبد الواحد والثوب الواحد، ولا شفعة فيه، ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة؛ لأن فى القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود.

فلم يبق ما يمكن أن يشار إليه إلا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة، وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التى تختص بقسمة الدور والأرضين، فإنه يقسمها غالبًا قوم يختصون بعلم ذلك، ويتمون لهم فيها مؤنة وأجرة غالبًا، وسائر الأشياء قسمتها لا تختص بقسام معين، ولا يتموّن فيها مؤنة ولا أجرة، فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود، وهى الأصول الثابتة.

١٤٤٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٦.

قال مالك فى الموازية وغيرها: إنما الشفعة فى الأرضين، وما يتصل بها من ثمرة أو بناء. فأما الأرض، فالشفعة فيها عندنا ثابتة، وكذلك الشجر والبناء، إلا أنه على ضربين، أحدهما: أن يكون مقصود المنفعة. والثانى: أن يكون مرفقًا للمال الذى تصح قسمته دون تعيين.

فأما الضرب الأول، فإنه على قسمين، أحدهما: ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التى يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منها، ما يقع عليه اسم حقل ودار. والثانى: لا ينقسم إلا بأن يتغير اسمه وصفته كالحمام الذى إن قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حمامًا.

فأما القسم الأول، فعلى نوعين، أحدهما: لا مضرة فى قسمته. والثانى: تلحق المضرة فى قسمته.

فأما ما لا تلحق المضرة فى قسمته، فلا خلاف فى المذهب فى ثبوت الشفعة فيه، وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث، أن يكون مقصود المنفعة لنفسها، كالحقل الذى منفعته بالمزارعة مقصودة، والدار التى منفعتها بالسكنى مقصودة، والشجر التى منفعتها بالثمرة مقصودة. والثانية: أن ينقسم دون تغيير. والثالثة: أن ينقسم دون مضرة.

مسألة: فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التى إنما تتخذ للانتفاع بمره أو ساحة الدار التى إنما تتخذ ليرتفق بها فى سكنى البيوت، فسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما ما لا ينقسم مع بقاء منفعته كالحمام، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة فى الحمام. وقال ابن الماجشون فى غير الموازية: وأبى مالك الشفعة فى الحمام من قبل أنه لا يقسم إلا بتحويله عن أن يكون حمامًا، وبه قال ابن القاسم، فثبت أن هذا القسم مختلف فيه.

وجه القول أن هذا ملك من الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كاملى الملك، فثبت فيه الشفعة. أصل ذلك ما لا يتغير بالقسمة.

ووجه القول الثانى ما احتج به له فوق هذا، ومعناه أن ما لا يثبت فيه حكم القسمة، فإنه لا يثبت فيه حكم الشفعة، كالعبد والدابة. وأما ما لا ينقسم إلا بضرر، فسيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الرحا، ففى الموازية والعتبية، قال ابن القاسم: لا شفعة فى رحا الماء، ورحا الدواب، وإن بيع مع البيت، فالشفعة فى البيت دون الرحا، وهذا الحكم إنما يتعلق بالأحجار والآلات؛ لأنها ليست بقاعة ولا بناء، وإنما هى آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء.

وقد اختلف أصحابنا فيما بنى منها فى الدور، هل يتبع الدار بمجرد العقد، وعلى حسب ذلك تتخرج مذاهبهم فى ثبوت الشفعة فيه.

وأما رحا الماء والدواب، فليست بمبينة فى الأرض، وإنما هى موضوعة، فلا شفعة فيها، على قول ابن القاسم.

وقال أشهب وعبدالملك فى المجموعة والموازية: إن نصبوها فى أرضهم، ففيها الشفعة، وإن نصبوها فى غير أرضهم، فلا شفعة فيها، باع أحدهم حصة من الرحا أو حصته منها ومن البيت.

وقال أشهب فى غير هذا الموضع: إنما الرحا التى لا شفعة فيها التى تجعل وسط الماء على غير أرض. وأما ما ردم لها موضع فى الماء، فإن اتصل بالأرض، فله حكم الأرض، فإن لم يتصل بها، فلا شفعة، فأثبت فيها أشهب الشفعة، إذا كان موضعها تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للموضع، ومنع الشفعة كالبئر والعين.

فعلى هذا إنما الخلاف فى ثبوت الشفعة فى أحجار الرحا، دون موضعها. فأما مواضعها، فجرى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم.

مسألة: وأما الأندر، فروى عبدالملك بن الحسن، عن ابن وهب: أن نفقة الأندر إن كانت بينهما، ففيها الشفعة كسائر البقاع وكعرصة الدار المهدومة، وقاله أشهب. وقال سحنون فى العتبية: لا شفعة فيه، كالأفنية.

فنحا به سحنون إلى أنه ليست منفعته مقصودة فى نفسها، وإنما هو ما يرتفق به للزرع الذى منفعته من غير الأندر كالأفنية، وإنما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى، وذهب ابن وهب إلى أن منفعته مختصة به، ومفردة كالمساكن.

فصل: وأما الثمرة، فعن مالك فيها روايتان، روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه، ثبوت الشفعة فيها. قال أشهب: وذلك أنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض، يريد، والله أعلم، إذا قسمت فى النخل قبل الجد؛ لاختلاف أغراض أهلها.

قال أشهب، عن مالك في المجموعة: وذلك ما لم يزايل الأصل. وروى ابن المواز، عن ابن الماجشون: لا شفعة في الثمار، وحكاه القاضي أبو محمد، عن مالك.

وجه القول الأول أنها تبع للأرض بمجرد العقد، فثبت الشفعة، كالشجر.

ووجه القول الثاني أنها ممن ينقل ويحول، فإذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد، كالثياب.

فرع: وإذا قلنا بالشفعة فيها، فقد قال أشهب، عن مالك في المجموعة: الشفعة فيها ما لم تزايل الأصل. وقال ابن القاسم في المدونة: الشفعة فيها ما لم تيبس وتجد.

وجه قول مالك أنها ما دامت في النخل متصلة بالأصل، فإن حكمها حكمه في الشفعة، كالرطب والجريد.

ووجه قول ابن القاسم أنها إذا يبست لم تتم بالأصل، فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمجدودة، وهذا إذا أفردت بالبيع الثمرة.

فإن بيعت مع الأصل، فقد حكى القاضي أبو محمد: أن الشفيع يأخذه مع الثمرة، قائمة كانت أو مجدودة، وللمشترى ما سقى وأنفق، وهذه المسألة، وإن كان أبو محمد أوردها مجملة، فقد اختلف أصحابنا فيما أشار إليه منها، وذلك أن النخل إذا بيعت، فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها.

فإن لم يكن فيها ثمر، وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة، فإن للشفيع الثمرة مع الأصل، ولا خلاف في ذلك، وإن جاء، وقد أبرت الثمرة أو أزهت، فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم.

قال ابن المواز، عن أشهب: إن شراها مأبورة أو غير مأبورة، ثم أبرها المبتاع، فإن الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة؛ لأن الشفعة بيع، ومأبور الثمرة للبائع. وقال ابن القاسم في المدونة: إنه قول بعض المدنيين.

وجه قول ابن القاسم أن الثمرة لم تفارق الأصل حكمًا باليبس، ولا فعلاً بالجد، فكانت تبعًا للأصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق، وأيضًا فإن الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال النماء، فثبت فيها حكم الشفعة تبعًا وأصلاً.

ووجه قول أشهب ما احتج به، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تبع للأصل في الشفعة، فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية: يأخذ الأصل والثمرة بالثمن، وعليه غرم ما أنفق المشترى، وسقى وعالج.

وقال أشهب فيها: يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف، ولو قال قائل: له قيمة ما أنفق، لم أر به بأسًا. وقال عبدالملك في الكتابين: وقال سحنون: ليس على الشفيع شيء إلا الثمن؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه، فلا يرجع إلا بما له عين قائمة.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان للشفيع الغلة، كان له ما يختص بها من النفقة.

ووجه قول أشهب أن الثمرة لما لم يتناولها الثمن، ولزم إمضاؤها للشفيع كان عوضها قيمتها؛ لأن النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة، وقد تقل، فكانت القيمة أعدل.

ووجه قول عبدالملك ما احتج به، وبماذا يأخذ الشفيع. قال ابن القاسم: إذا فاتت بالجد أو اليبس، فإن الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن، ولا يوضع عنه شيء للثمرة، ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة.

مسألة: ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء، فقد قال ابن القاسم: إن الثمرة للشفيع ما لم تيبس، فإن يبست أو جدت، فلا شفعة فيها، ويقسم الثمن على الأصل والثمرة، فما كان للأصل، فهو يأخذ به الشفيع الأصل، وما كان للثمرة، فهو على المشترى بالثمرة.

فصل: وإن اشتراها مزهية، فقد قال أشهب: للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة، وهذا القول مبني على أن الثمرة لا منفعة فيها.

وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: فيها الشفعة؛ لأن الثمرة لو انفرد لثبتت فيها الشفعة، فكذلك إذا انضافت في البيع إلى ما لا يثبت فيه الشفعة، ويجيء قول أشهب على رواية نفي الشفعة في الثمرة، والله أعلم وأحكم.

فرع: وحتى متى يتبع الأصل، قال ابن المواز: قال ابن القاسم، عن مالك: الثمرة للشفيع، ما لم تيبس أو تجد، فإن جدت، وهي صغيرة أو كبيرة، حط عن الشفيع حصتها من الثمن.

وقال مرة: يأخذها بالشفعة، فإن جدت أو يبست، فله مثلها إن عرف كيلها، وإن لم يعرف كيلها، وكان جذها صغيرة لم تطب، فلا يأخذ فيها ثمنًا، والثمر عليها، وعلى الأصول إذا كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة واشترطها المبتاع.

ورواه أيضًا عن مالك، وبه قال أشهب، واختاره ابن المواز، وقد تقدم توجيه ذلك.

فرع: فإن قلنا إنها فاتت بالجد أو اليبس وهي للمشترى، فإن ابن القاسم، روى عن مالك: أنه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن.

وقد قال ابن الماجشون فى الثمرة المأبورة: إذا لم يقم الشفيع حتى زايلت الأرض، فلا تحسب، وكذلك يقول: إنها تباع من النخل بالطعام إلى أجل، إذ لا حصة لها من الثمن. وقال ابن عبدوس: بل لها حصة من الثمن، ولكنها تبع. وقد اختلف فيها قول سحنون.

مسألة: وهذا إذا كان الأصل بينهما، فإن لم يكن الأصل لهما، فقد قال أشهب فى الموازية: الشفعة فى الثمرة، وإن لم يكن الأصل لهما، وقاله مالك فى المدونة فى قوم بينهم ثمرة، كان الأصل لهم أو مساقاة فى أيديهم أو حبسًا عليهم، وبه قال ابن القاسم.

وفى الموازية أيضًا: إذا قسمت الأرض دون الثمرة، قال محمد: الشفعة فيها، إذا كان الأصل بينهما. وقال القاضى أبو محمد: إن الروايتين فى ثبوتها ونفيها فى الثمرة، إذا كان الأصل فى أيديهم بملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء.

وجه القول الأول أن الثمرة إنما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للأصل، فإذا زايلت الأصل، فلا شفعة فيها، فإذا زايلته فى الملك أو كانت مقسومة، فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى، ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للأرض إذا قسمت الأرض، أو زايلته فى الملك، فلا شفعة فيه.

ووجه القول الثانى أن الشفعة تجب فى الثمرة، وهى مما يقسم بالحدود ما دامت فى الأصل، فوجب أن يكون الاعتبار بها دون الاعتبار بأصلها كالأرضين والأشجار، وبذلك خالفت العين، فإنها لا تنقسم.

مسألة: فإذا قلنا بثبوت الشفعة فى ثمرة النخل، فقد روى ابن القاسم، عن مالك فى الموازية: الشفعة فى العنب. قال ابن القاسم: والمقاثى عندى فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة، ولا شفعة فى البقول.

ووجه ذلك أن ما كان له أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقائه، ففيه الشفعة كالشجر، وما لم يكن على ذلك، وإنما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقائه، فلا شفعة فيه؛ لأنه ليس بأصل ثابت. أصل ذلك ما ينقل ويحول.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية وغيرها: لا شفعة فى الزرع؛ لأنه لا يحل بيعه حتى ييبس.

فصل: ومن اشترى أرضًا فزرعها، فإن جاء الشفيع قبل أن ينبت الزرع فيها أخذهـا، فزرعها، وقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا شيء للشفيع من الزرع، ولا كراء له فى الأرض، وإن كان فى إبان الزراعة.

ولم يفرق بين أن يكون الزرع نبت أو لا، أخذ الأرض دون زرع، فإن أخذ الأرض بزرعها؛ لأنه لم ينبت، فله أخذها بالثمن، وبقية الزرع على الرجاء والخوف.

ولو قال قائل: يأخذها بالثمن بما أنفق، لم أعبه، بل هو أقيس واستحسن الأول. قال محمد: بل يأخذها بالثمن، وبقية ما أنفق من البذر والعلاج، والله أعلم وأحكم.

وقال ابن القاسم: يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلاً لم يؤبر، فأخذه الشفيع بعد الأبار.

مسألة: ومن اشترى أرضًا، فزرعها، فجاء الشفيع قبل أن ينبت الزرع، فعلى مذهب ابن القاسم: لا شفعة فى الزرع جملة، وعلى مذهب أشهب: الشفعة فى الأرض والزرع.

فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فيحتمل وجهين، أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة الأرض، وإن لم ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق. والوجه الثانى: ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع.

مسألة: فإذا جاء الشفيع، وقد نبت الزرع، فلا شفعة فى الزرع عند ابن القاسم. وقال أشهب فى الموازية: للشفيع إذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الأرض والزرع، بل ليس له إلا ذلك. وقال أيضًا فى موضع آخر: له الشفعة فى الأرض دون الزرع.

وقال ابن عبدوس: أنكر سحنون قول أشهب فى الزرع، وقال: يقول ابن القاسم: لا شفعة فى الزرع.

وجه القول الأول أنها ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التى لم تيبس.

ووجه القول الثانى أنها ليس لها أصل ثابت، ولا هو من آلات الأصل، فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب.

مسألة: وأما ما يكون للحائط من البئر أو العين، فإن الشفعة ثابتة فيه؛ لأن لـه أصـلاً ثابتًا، ومنفعة مقصودة على الأرض، فكان لها حكمها فى الشفعة إذا كان بيعًا.

مسألة: وأما ما يباع من الأرض من آلة الحائط، فذكر ابن عبدوس، عن سـحنون أن فيه الشفعة؛ لأن فيه صلاح الحائط وعمارته كالبئر والعين.

مسألة: ولو بنى جماعة فى أرض عارية، فباع أحدهم حصتـه مـن النقـض، قـال ابـن المواز، عن ابن القاسم: رب الدار مبدأ، فإن شاء أخذ بالأقل من قيمة ذلـك منقوضًـا أو الثمن، فإن أبى فلشريكه أخذ ذلك بالثمن.

قال أشهب: لا شفعة فى ذلـك لإشـراكه، إذ لا ملـك لهـم فـى العرصـة، وهـو بيـع فاسد، باع جميعهم أو أحدهم؛ لأن رب الأرض له أن يـأخذ ذلـك، ويـؤدى قيمتـه، أو يأمره بقلعه، فلا يدرى المبتاع ما اشترى، ورواه عن مالك.

وقال محمد: هو الصواب. وقد قـال سـحنون فـى الحبـس يبنـى فيـه جماعـة، فمـات أحدهم، فأراد ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء: أستحسن أن يكون لإخوته الشفعة.

مسألة: وأما الشفعة فى الكراء، قال ابن حبيب: اختلف قول مالك فـى الشـفعة فـى الكراء، فأخذ ابن الماجشون وابن عبدالحكم بقوله: لا شفعة فيـه، وهـو الـذى رواه ابـن القاسم فى الموازية والمدونة.

قال ابن وهب والمغيرة: قال ابن حبيب: وأخذ مطرف وابـن القاسـم وأصبـغ بقولـه: فيه الشفعة. ورواه ابن المواز، عـن أشـهب، قـال ابـن حبيـب: وذلـك فـى كـراء الـدور والمزارع سواء.

وجه القول الأول أن المنافع لا تصح فيها القسمة بـالحدود، فلـم تثبـت فيهـا الشـفعة كالثياب.

ووجه القول الثانى أن المنافع لا تنفصل ولا تتـم إلا بـالأصل الـذى يقسـم بـالحدود، فتثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية، وبمثل هذا احتج ابن المواز؛ لأنه يختار الشفعة فيها.

فصل: وقوله: «**فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة**»، نص فى أنه لا شفعة فـى مـال بعـد قسـمته، وبهـذا قـال مـالك والشـافعى، وهـو المـروى عـن عمـر بـن الخطـاب وعثمـان بـن عفـان. وقـال أبـو حنيفـة وسـائر الكوفيـين بإثبـات الشـفعة للجــار الملاصــق دون المحاذى.

والدليل على ما ذهب إليه أهل المدينة قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة»، والحدود واقعة بين المتجاورين.

ومن جهة المعنى أن هذا متميز الحق عن ملك المجاور، فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذى، وهو معنى ما روى ابن المسيب أن الشفعة لا تكون إلا بين الشركاء.

قال مالك: فِى رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا مَعَ قَوْمٍ فِى أَرْضٍ بِحَيَوَانٍ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْعُرُوضِ، فَجَاءَ الشَّرِيكُ يَأْخُذُ بِشُفْعَتِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَوَجَدَ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ قَدْ هَلَكَا، وَلَمْ يَعْلَمْ أَحَدٌ قَدْرَ قِيمَتِهِمَا، فَيَقُولُ الْمُشْتَرِى: قِيمَةُ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ مِائَةُ دِينَارٍ، وَيَقُولُ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ الشَّرِيكُ: بَلْ قِيمَتُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا.

قال مالك: يَحْلِفُ الْمُشْتَرِى أَنَّ قِيمَةَ مَا اشْتَرَى بِهِ مِائَةُ دِينَارٍ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ أَخَذَ أَوْ يَتْرُكَ إِلا أَنْ يَأْتِىَ الشَّفِيعُ بِبَيِّنَةٍ أَنَّ قِيمَةَ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ دُونَ مَا قَالَ الْمُشْتَرِى[1].

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى شقصًا بعرض، ثم جاء الشفيع، فإن له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، ومعنى ذلك أنه مما لا مثل له.

وفى كتاب ابن المواز: إن اشتراه على جزاف، فعلى الشريك قيمة ذلك الحلى، يقوم ذهبه بالفضة، ويقوم فضته بالذهب، وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر.

وأما إن اشتراه المشترى بمكيل أو موزون أو معدود، فإنما عليه مثله، وليس هذا من بيع ما ليس عنده؛ لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين؛ لأن المشترى مغلوب على التسليم، وإنما يراعى بيع ما ليس عنده فى العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين، على أن فيه اختلافًا بين ابن القاسم وأشهب فى بيع المرابحة، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وإن كان العرض الذى اشترى به المشترى مؤجلاً، ففى كتاب ابن المواز، عن أشهب أن للشفيع أن يأخذه بقيمة العرض إلى أجله على مثل ما هو عليه، ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٦٨/٢١.

وقال محمد: وهذا غلط، ولا يأخذه إلا بقيمة العرض إلى أجله. وقد رواه أيضًا عن أشهب. قال محمد: وإنما تؤخذ القيمة فى البيع والشراء بعرض معجل.

والفرق بينهما أن العرض المعين يباع إذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف فى الذمة إذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله.

ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها؛ لأنها مما لا مثل لها، وإنما يجب فيها القيمة كالمعين منها.

مسألة: ولو اشترى الشقص بدين على البائع، فقد قال ابن الماجشون فى الموازية وغيرها: يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضًا من العروض كالحنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه. وحكى ابن عبدوس، عن سحنون: أن الدين يقوم بعرض، ثم يقوم العرض بعين، ثم يأخذ الشفيع بذلك.

وروى ابن المواز وابن حبيب، عن مالك: أن الشفيع لا يأخذه إلا بمثل ذلك الدين أو يترك، ولو كان البائع غريمًا دفع العرض بأكثر من قيمته، وقاله أشهب. وزاد ابن حبيب، عن مطرف: وإن كثرت القيمة فيه. وقال أصبغ: لا يأخذه بمثل الدين، إلا أن يهضم له هضيمة بينة، فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين.

ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض، ولذلك لا تجب فيه زكاة إلا بمثل ما تجب بعروض التجارة، فوجب أن يقوم للشفيع، وإنما دفع فيه العرض؛ لأن تقويم العرض يؤدى إلى التفاضل فى العين فيما يلزم فيه التساوى، وإنما قوم العرض مرة أخرى بالعين على قول سحنون: إن التقويم إنما شرع فى العين؛ لأنه لا تختلف فيه الأسواق ولا البلاد.

ولذلك اتفق على أنه أصل الأثمان، وقيم المتلفات، وإنما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاضل فى الجنس الواحد من العين، وإنما لا يجوز مثل هذا فى المبيع لمنع الذرائع، وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه من التقويم، والله أعلم.

ووجه قول مالك أن المشترى اشترى بالعين، فلا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشترى، والبيع يكون بمثل القيمة أو أقل أو أكثر، وليس للشفيع أن يأخذ إلا بمثل الثمن، وإن زاد المشترى على القيمة أو نقص.

وإنما راعى أصبغ الهضم الكثير؛ لأنه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه

بعض الثمن بعد انعقاد البيع، وإن الطرح الكثير لا تأثير له، واليسير له تـأثير فـى الثمـن، فكذلك فى مسألتنا.

فرع: فإذا قلنا يأخذ بمثل الدين، فقد روى ابن حبيـب، عـن مـالك: إن كـان الديـن يوم قيام الشفيع حالاً أخذه به حالاً، وإن كان بقى من الأجل شىء، فإلى مثـل مـا بقـى من الأجل. وقال أصبغ: إنما يستشفع بمثل الدين حالاً.

وجه قول مالك أن حكم الشفعة مساواة الشـفيع المشترى فيمـا يدفعـه عوضًـا إن المبيع، وليس من المساواة أن يعجل له ثمنًا هو مؤجل عليه.

ووجه قول أصبغ أن الدين الذى كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منـه، وليـس للشفيع على المشترى دين مؤجل، فيأخذ به شفعته، ولا يكاد يتفق أن يكون كل شـفيع له على المشترى مثل الدين الذى كان للمشترى على البائع، وإلى مثـل أجلـه، ولا يجـوز أن يزيد فى الأجل، ولا ينقص منـه؛ لأن ذلـك يدخلـه بيـع وسـلف، فلذلـك لـم يصـح مراعاة الأجل فى الشفعة، والله أعلم.

مسألة: ومن اكترى إبلاً إلى مكة بشقص أو استأجر به أجيرًا، أو اكـترى دارًا سـنة، ففى المجموعة، عن مالك: للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الإبل، وبقيمة الإجارة.

وقال أشهب: بمثل كراء الإبل إلى مكة من مثل صاحبهـا، إن كـان مضمونًـا، فعلـى الضمان، وإن كانت معينة، فعل التعيين، وقاله ابن الماجشـون فـى الإجـارة، بمثـل أجـرة من استؤجر.

فرع: فإذا تعـذرت الـدواب المعينـة فـى بعـض الطريـق، أو مـات الأجـير، أو انهـدم المسكن فى نصف السنة، فليرجع البائع بقيمة نصـف شـقصه علـى المبتـاع، ولا ينتقـض على الشفيع بشىء، قاله ابن المواز.

وقال أشهب فى المجموعة: يرجع عليه المتكارى بنصف ما كان يأخذه منه من قيمـة كراء إبله، إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص، فيكون الشفيع هـو الراجـع عليه بنصف كراء إبله، ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص، ونحوه لعبدالملك.

فصـل: وقولـه: «**فيقـول المشترى: قيمـة الوليـدة مائـة، ويقـول الشـفيع: قيمتهـا خمسون**»، يريد أن مشترى الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا فى قيمـة الوليـدة التـى هـى ثمن الشقص، فيقول المشترى: قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائـة، ويقـول الشـفيع:

خمسون، ليأخذ الشقص بخمسين. وقد قال مالك: إن القول قول المشترى يحلف على المائة.

ووجه ذلك أن الشقص فى يده، والقول قول صاحب اليد، فإذا حلف، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو بتركه.

وفى كتاب ابن المواز والمجموعة فى اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن إذا أتى المشترى بما لا يشبه الثمن أو جهلوا الثمن، أخذه الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المبتاع، ونحوه قال ابن حبيب، عن أصبغ.

وروى عن مطرف أن القول قول المبتاع، وإن جاء بسرف، وقد روى أشهب فى الموازية، عن مالك: إن أتى المشترى بما يشبه، فهو مصدق بغير يمين، وفيما لا يشبه باليمين.

وروى ابن القاسم، عن مالك: يصدق المشترى فيما يشبه، ولا يصدق فيما لا يشبه إلا أن يجاوره مالك، فيصدق فيما يتغابن به. قال محمد: لم يختلف مالك وأصحابه فى أن الشفيع لا يأخذه إلا بما قال المشترى، إذا أتى المشترى بما يشبه، واختلفوا إذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم.

قال محمد: وهذا كله إذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن، فإن ادعى معرفته، فلابد من يمين المبتاع، فإن نكل، حلف الشفيع وأدى ما قال، وقاله مالك فى موطئه يشير، والله أعلم، إلى قوله فى هذه المسألة المذكورة فوق هذا من الأصل: ويحلف المبتاع.

فرع: ولو صدق البائع أحدهما، ففى العتبية من سماع أشهب: لا ينظر إلى قوله ولا يقبل شهادته، ولا يأخذ أحدهما إلا بما قال المشترى، وذلك أنه شاهد لعقد عقده، فهو يشهد على فعل نفسه.

ولا يصح ذلك، وإنما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره. وفى كتاب ابن مزين: لا تجوز شهادته؛ لأنه دافع عن نفسه.

ومعنى ذلك أنه يخشى أن يستحق الأرض، فيأخذ منه الشفيع الثمن الذى أعطاه، ويرجع هو على الشفيع بما أخذ منه.

مسألة: ولو اختلف البائع والمشترى فى الثمن، ففى المجموعة لأشهب: يتحالفان ويتفاسخان، وتبطل الشفعة. وقال ابن القاسم: إن حلفا أو نكلا، فسخ البيع، وبطلت الشفعة، فلم يكن للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع.

ووجه ذلك أن الشفعة مرتقبة على نفوذ البيع، فإذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة.

فصل: وقوله: «**يحلف المبتاع على قيمة ما اشترى به**»، يريد، والله أعلم، قيمته يوم اشترى به؛ لأن زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به؛ لأنه إنما زاد أو نقص عن ملك من صار إليه، واليمين في ذلك تكون على وجهين، أحدهما: مع عين السلعة. والثاني: مع وجودها.

فأما مع عدم عين السلعة، فإنهما إن اتفقا على صفتها دعا لها المقومون، وإن اختلفا فى صفتها، فالقول قول المبتاع فى صفتها على رواية الموطأ: يحلف على ذلك، ثم يقوم المقومون تلك الصفة.

وأما مع وجود السلعة، فإنه يكون على وجهين، أحدهما: أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هى عليه الآن. والثاني: أن يتفقا على ذلك، ويختلفا فى صفتها يوم التبايع. فأما أن يدعى أحدهما تغييرًا بالزيادة، والآخر تغييرًا بالنقصان، أو يدعى المشترى من التغيير أقل مما يقر له به الشفيع.

قال مالك: مَنْ وَهَبَ شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَأَثَابَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِهَا نَقْدًا أَوْ عَرْضًا، فَإِنَّ الشُّرَكَاءَ يَأْخُذُونَهَا بِالشُّفْعَةِ إِنْ شَاءُوا، وَيَدْفَعُونَ إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قِيمَةَ مَثُوبَتِهِ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ.

قال مالك: مَنْ وَهَبَ هِبَةً فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمْ يُثَبْ مِنْهَا، وَلَمْ يَطْلُبْهَا، فَأَرَادَ شَرِيكُهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ مَا لَمْ يُثَبْ منها، فَإِنْ أُثِيبَ، فَهُوَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوَابِ[1].

الشرح: الهبة تكون على ضربين، لغير الثواب وللثواب. فأما الهبة لغير الثواب، فهى كالصدقة، والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها.

وقال ابن عبدالحكم فى المختصر: اختلف قول مالك فى الشفعة فى شقص يوهب لغير الثواب، فقال القاضى أبو محمد: فى الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان، إحداهما: وجوب الشفعة. والثانية: إسقاطها.

وجه القول بنفيها أنه انتقال ملك بغير عوض عنه، فلم تثبت فيه الشفعة، كالتوارث.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٧١/٢١.

ووجه القول الثانى أنه انتقال ملك حال الحياة، فلم يمنع الشفعة، كالهبة للثواب.

فرع: فإذا قلنا تبقى الشفعة فيه، فانعقدت الهبة على غير الثواب، فأثيب فيه، ففى المدونة: لا شفعة فيه. وفى الموازية: ولا فى عوضه.

ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة، فكان لها حكم الأولى.

مسألة: وأما الهبة للثواب، فالشفعة فيها ثابتة قولاً واحدًا، سواء كان الثواب نقدًا أو عرضًا، على ما ذكر فى الأصل، وهذا يقتضى الأخذ بالشفعة بعد الإثابة.

وفى الموازية: لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف، وهذا قبل فوات الهبة قولاً واحدًا.

وأما بعد فواتها، ففى العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق، وفى الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبدالحكم: هو فوات أيضًا فى الرباع فى الهبة للثواب، والبيع الفاسد، فقد قال أشهب: إذا فاتت بذلك، فقد وجبت القينة، ولزمت الشفعة.

وقال ابن القاسم وابن الماجشون: لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف، ورواه ابن حبيب، عن مطرف: قال عبدالملك: إذ لعله يقول: لم أرد ثوابًا، فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب.

قال ابن المواز: وإن ترك الثواب لموضع الشفعة، فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب. ومعنى ذلك أن الثواب مجهول، وإنما ينفذ بإنفاذه أو بالقضاء به.

ووجه قول أشهب عندى أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التى قد لزمته، وذلك جائز فى الشفعة؛ لأن الشفيع شهد أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن، فيجوز له ذلك.

فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلومًا، وإنما ذلك من شرط لزومها له، وهذا الظاهر من قول مالك. وفى الموطأ: ليس له أن يأخذ بالشفعة ما لم يثب منها. ومعنى ذلك إذا لم يثب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أثاب من الهبة بأكثر من قيمتها، ففى الموازية لأشهب: إن كان قبل فواتها، فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض، وإن كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة. وقال ابن القاسم وعبدالملك: لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ.

وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة؛ لأنه لم يلزمه بعد شىء

أقل من ذلك ولا أكثر، وبعد الفوات قد لزمته القيمة مبتدأة، فما زاد بعد، فهو هبة مبتدأة، فلم يلزم الشفيع.

وجه القول الثانى أن الثواب متناول لجميع الهبة، ومقابل لها، ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده؛ لأنه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غيرها، وكذلك بعد الفوات.

وما زاد على ذلك فى الوجهين، فهو زيادة فى الثواب، لا هبة متميزة، فلا فرق بين الموضعين، وهذا معنى قول مالك، فإن أثيب منها، فهو للشفيع بقيمة الثواب، ومسألة الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين.

مسألة: فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب، وعلى وجه الصدقة، وادعى الشفيع الثواب، فقد قال مالك: لا يمين على المتصدق عليه إن كان ممن لا يتهم، وإن كان ممن يتهم، احلف.

وقال ابن نافع، عن مالك فى المجموعة: إن رأى أنه وهب للثواب؛ لأنه محتاج وهب عينًا، فاليمين على الموهوب له أو على ابنه إن كان صغيرًا، وإن كان غنيًا عن الثواب، وإنما وهب لصداقة وقرابة، فلا يمين فى ذلك، وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إخاء، فاليمين فى ذلك.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن انتقال المملوك يكون بغير عوض، وقد تقدم ذكره، ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع، ويلحق به الهبة للثواب، وقد تقدم ذكرها، ومن ذلك الإجارة، مثل أن يشترى شقصًا من أرض بسكنى داره أو ركوب إبله، فالشفعة فى ذلك كله، ويأخذه الشفيع بقيمة الإجارة؛ لأن السكنى والركوب كالعرض، فيأخذ الشفيع بقينة الشقص يؤخذ فى دم الخطأ، فإنه يأخذه الشفيع بالدية؛ لأنه عوض عن مال، فلا يخلو أن يكون ذلك المال من العين، وقد تقدم ذكره، أو يكون من أهل الإبل، ففى المدونة عن ابن القاسم: أن الشفيع يأخذ بقيمة الإبل.

فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصًا بعروض مؤجلة غير معينة، أخذ الشفيع بالقيمة، فلا فرق بينهما، وعلى قول ابن المواز: إنما يأخذ بمثلها.

والفرق بينهما أن إبل الدية غير موصوفة، فلذلك عدل إلى القيمة، والله أعلم.

مسألة: ومن ادعى على رجل فى شقص، فصالحه على الإنكار، فلا شفعة فيه، ولو

صالحه بشقص آخر، فلا شفعة فى الثانى بقيمة ما ادعاه، قاله ابن المواز، وإن صالحه على الإقرار، فالشفعة فيه؛ لأنها معاوضة.

مسألة: وأما ما كان عوضًا لغير مال، كدم العمد، فللشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص؛ لأنه ليس له عوض من المال، وإنما عوضه غير مال، فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه، وهذا إن صالحه بالشقص عن دم العمد.

وأما لو صالحه عن الدم بمال، ثم أخذ به الشقص، ففى الموازية: يأخذ الشفيع الشقص بما كان اتفقا عليه من دية معجلة أو مؤجلة.

مسألة: وأما الشقص ينكح به أو يخالع، ففيه الشفعة، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا شفعة فيه.

والدليل على ما نقوله أنه شقص ملك بنوع معاوضة، فثبت فيه الشفعة كما لو ملك بالبيع، ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافًا للشافعى فى قوله: يأخذه بمهر المثل.

والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال، فيتقدر به ثمن المبيع فيه، وليس كل مهر المثل هو الثمن، فيلزم ذلك الشفيع، كأخذه من دم عمد.

قال مالك: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا فِي أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ، فَأَرَادَ الشَّرِيكُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ(١).

قال مالك: إِنْ كَانَ مَلِيًّا، فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إِلَى ذَلِكَ الأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ مَخُوفًا أَنْ لا يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ إِلَى ذَلِكَ الأَجَلِ، فَإِذَا جَاءَهُمْ بِحَمِيلٍ مَلِيٍّ ثِقَةٍ مِثْلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشِّقْصَ فِي الأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَذَلِكَ لَهُ(٢).

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترى شقصًا بثمن مؤجل، فإن الشفيع إنما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل؛ لأن من حكم الشفعة إنفاذها بالثمن الأول فى قدره وصفته.

وقال أبو حنيفة والشافعى: ليس له الأخذ بثمنه حالاً، أو الانتظار إلى أن يحل الأجل، فيأخذه بالنقد. ووجهه ما قدمناه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٧٣.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٧٣.

فصل: وقوله: «**وإن كان مليًّا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل**»، لما قدمناه من المماثلة، وهذا إذا تساويا فى الملاء والثقة، وإن كان المشترى أتم غنى من الشفيع وثقة.

قال أشهب فى المجموعة والموازية: إن لم يكن فى مثل ملاء المشترى، فليأت بحميل فى مثل ثقة المشترى وملائه، قال ابن المواز: والذى عندنا أنه ليس عليه حميل، إذا كان مليًّا ثقة، وإن كان المبتاع أملأ منه.

وجه القول الأول ما يلزم من التساوى فى الثمنين، فكذلك فى الذمتين اللتين هما محلان لهما، لاسيما مع التأجيل، ويؤيد هذا التأويل قوله: يأتى بحميل ثقة مثل الذى اشترى منه الشقص. قال محمد: ولم يشترط هذا فى رواية ابن القاسم وعبدالملك، عن مالك.

ووجه القول الثانى أن التساوى إنما يجب فيما يتعلق به الحكم، وهو الملاء أو العدم، فيعتبر بذلك دون التفاضل إذ الذمم لا تكاد تتساوى، ولا تأثير لها فى الأخذ بالشفعة.

ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاءة وثقة، لم يؤثر ذلك فى أخذه بالشفعة نقصًا من الثمن، ولا الأجل، ولا إثباتًا لشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونه، فإذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشترى، فكذلك نقصها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وإن كان مخوفًا أن لا يؤدى الثمن إلى ذلك الأجل، فجاء بحميل ثقة مثل المشترى**»، فذلك له فيه مسألتان، إحداهما: أنه يريد أنه إن كان عديمًا لم يسلم إليه الشفعة؛ لأن فى ذلك تغريرًا بالشقص لئلا يتلفه قبل الأداء، فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه، فلا يسلم إليه حتى يأتى بحميل ثقة أو رهن، وفى بذلك الثمن إلى ذلك الأجل؛ لأن فى ذلك أمانًا مما يخاف منه مع العدم. والمسألة الأخرى تأتى بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان المبتاع مليًّا، فإن كان عديمًا واتفقا فى العدم، فللشفيع الأخذ بالشفعة دون حميل، ولا رهن، رواه ابن المواز. قال محمد: لا شفعة له أن يأتى بحميل ثقة كان المبتاع أو عديمًا أو لم يكن.

وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوى، ووجه القول الثانى أن عهدة المشترى بالدين على الشفيع، وقد يثق البائع بالمشترى بما لا يثق به المشترى بالشفيع، كما لو أراد أن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع، لم يلزم المشترى للشفيع.

مسألة: ولو لم يقم الشفيع حتى حل الدين، وأدى الثمن، فله الأجل مستأنفًا، مثل ما كان للمشترى، قاله عبدالملك فى الموازية والمجموعة.

ورواه ابن حبيب عنه، وعن مالك، وزاد: فإن لم يكن مليًّا، ولم يأت بحميل، فقد قطع السلطان شفعته، فلا شفعة له، وإن وجد حميلاً بعد ذلك.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ: لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد.

ووجه القول الأول ما قدمناه من التماثل فى العوضين، وللأجل فى ذلك تأثير، فقد يشترى الأصل بالتأجيل بمثلى ما يشترى بالنقد.

ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لهما جميعًا، للمشترى وللشفيع، فإذا انقضى فى حقهما انقضى، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: لا تَقْطَعُ شُفْعَةَ الْغَائِبِ غَيْبَتُهُ، وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ، وَلَيْسَ لِذَلِكَ عِنْدَنَا حَدٌّ تُقْطَعُ إِلَيْهِ الشُّفْعَةُ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن الأخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأتى من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة، وعند أبى حنيفة والشافعى أنهما على الفور.

قال مالك فى الموازية والمجموعة: لا تقطع شفعة الغائب غيبته، ولو طالت، وإن لم يشهد فى غيبته أنه على شفعته.

ووجه ذلك أن المغيب عذر فى تركه القيام فى الشفعة، فلم يسقط بذلك حقه، كالإغماء والجنون.

مسألة: وهذا إذا كانت غيبته بعيدة، فإن كانت قريبة، قال أشهب فى الكتابين: إن كانت غيبته قريبة، لا مؤنة عليه فى الشخوص، فهو كالحاضر. قال فى المجموعة: وهذا إذا طال زمانه، وعلم بوجوب الشفعة.

ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه فى طلب الشفعة، فكان طول إمساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر.

مسألة: وأما الحاضر، فقد قال القاضى أبو محمد، عن مالك: فى ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا حد لذلك. والثانى: أن له حدًا.

وجه الرواية الأولى قول النبي ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال.

ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بامال، وكان المشترى عالمًا به، وقادرًا على إزالته عن نفسه بتوقيفه، فإذا لم ينقطع حق المشترى من التوقيف بمضى المدة، لم ينقطع حق الشفيع بمضى المدة.

ووجه الرواية الثانية إن فى ترك الشفيع على شفعته إضرارًا بالمشترى، ومنعًا له من التصرف فى ملكه بالعمارة، والإنفاق له، فكان له حد ينتهى إليه يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة، ولا يقطع حق المشترى تركه إيقاف الشفيع، كما لا يقطع الشفيع تركه الإشهاد بالأخذ بالشفعة.

فرع: فإذا قلنا بتحديد المدة، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: السنة والسنتان قريب. وروى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون، عن مالك: لا يقطع الشفعة مضى السنة، إلا أن يوقف. وقال: لا أرى الخمس سنين طولاً.

وروى عن أصبغ: هو على شفعته السنتين ونحو ذلك، فإذا قلنا بالسنة، وهو الأكثر من قول أصحابنا العراقيين، فإن وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرًا لقطع الأعذار فى الغيبة وغيرها، فكذلك فى المتمكن من القيام بالشفعة.

فرع: فإذا قلنا بالسنة، فهل يكون لما قرب من السنة حكمها، فقد قال أشهب: إذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة، فلا شفعة له. وروى أشهب، عن مالك: السنة قريب، وذلك يقتضى نفى هذا التقدير. وقال ابن ميسر: ما قارب السنة دخل فى حكمها.

ووجه القول الأول أن ما حد بالسنة كان حكمه مقصورًا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون.

ووجه القول الثانى أن المدة المحدودة بالسنين، إذا لم تفض إلى فرقة كان حكم ما قارب السنة حكم السنة. أصل ذلك مدة الرضاع.

مسألة: وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفعته على حد ما نذكره بعد هذا، أو يكون له عذر، فلا تنقطع شفعته بمضى هذه المدة. وقال فى المجموعة: ليس المرأة فى ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره.

وقال مطرف وابن الماجشون: وكذلك المريض والصغير والبكر والغائب، سواء كان المريض عالمًا أو جاهلاً بها. وقال أصبغ: المريض كالصحيح فى ذلك؛ لأنه يقدر على أن يشهد فى مرضه قبل مضى وقت الشفعة أنه على شفعته.

وهذا يقتضى أن الغائب، إنما يبقى حكم شفعته إذا لم يعلم بذلك، وأما إذا علم، فإنه أيضًا يقدر على إشهاده بأخذ الشفعة، فإن لم يفعل، فحكمه حكم الحاضر.

مسألة: فإذا زالت هذه الأعذار من الغيبة والمرض والصغر، وما ذكر قبل هذا، فإن لمن زالت عنه من المدة بعد زوالها بمثل ما للشفيع من المدة بعد الشراء، رواه ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون.

ووجه ذلك أن مدة العذر غير معتبر بها، فإذا زال العذر اعتبر من وقت إمكان الأخذ بالشفعة بقدر ما يعتبر لمطلق الدواعى من وقت البيع؛ لأنه فى حكمه، والله أعلم.

وهذا إذا كان الصغير لا ولى له من أب أو وصى أو مقدم من حاكم، فإن كان له ولى منهم، فإن له من المدة مثل ما لغير المحجور، إلا أن يسلمه الولى قبل ذلك، فإن ترك الولى الأخذ بالشفعة سنة، فلا شفعة له، قاله أشهب.

وقال مالك فى المجموعة: إن علم الولى بالشفعة، وعلم منه فى ذلك تفريط وتضييع، فلا شفعة للصبى إذا بلغ خمس سنين. قال ابن القاسم وأشهب: لأن وليه بمنزلته. وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الابتياع، وأما إن كان حاضرًا عند الابتياع، ثم غاب، فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة، ففى المدونة فى الشفيع يكون حاضرًا عند البيع، ثم يغيب عشر سنين أو أكثر، إن كان خروجه فى مدة لو قام ثبتت له الشفعة، وكان سفره سفرًا يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضى أمد الشفعة، فقد بطلت شفعته.

وإن كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة، فمنعه مانع، فهو على شفعته بعد أن يحلف أنه ما كان تاركًا للشفعة، وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد.

ووجه ذلك أنه خرج فى مدة كان له الأخذ بالشفعة إلى سفر ينقضى قبل أمد الشفعة، فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة إلى آخر أمدها، فإنه إذا قام فى بقية من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة.

فإن عاقه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة؛ لأنها إنما تنقطع بعدم العوائق، ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره أنه باق على شفعته؛ لأن بقاء المدة يشهد له بذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان الشفيع حاضرًا، والمشترى غائبًا، ففى المجموعة لأشهب: سواء غاب بعد الشراء، أو اشتراها فى غيبته، أو اشتراها له وكيل، فالشفعة ثابتة.

وإن طالت غيبة المشترى، قال: ولو قام بشفعته لحكم له بها، فإن لم يقم لم يضره تأخيره لعذره لتجشم الخصومة، فإن كتابة عهدته عليه أوبحضرته حسن.

مسألة: ولو كان الوكيل يبنى ويهدم ويكرى بحضرة الشفيع، لم يقطع ذلك شفعته، ما لم يكن وكيلاً على دفع الشفعة عن المشترى. قاله أشهب.

وقال ابن ميسر: إذا كان الوكيل يبنى، ويهدم بحضرة الشفيع، فلابد أن يلى ذلك معه، يريد لشركته فى ذلك، قال: وهذا يقطع شفعته، قال: ولو لم يل ذلك معه، وقامت بينة أنه علم بذلك، وهو حاضر، فلا شفعة له إذا مضى من المدة ما تنقطع إليه الشفعة.

فصل: فإذا قلنا إن السنة قريب، ولا تقطع الشفعة، فهل يجب عليه يمين، أنه لم يسكت هذه المدة؛ لأنه تارك للشفعة، روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: يحلف إن قام بعد ستة أشهر.

وفى الموازية عن مالك: يحلف بعد سبعة أشهر أو خمسة، ولا يحلف بعد شهرين، فعلى هذا، المدة على أضرب، منها ما يقصر كالشهرين، وما كان له حكمهما، فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين.

وما هو أطول منها كالسبعة أشهر، وما كان له حكمها، فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف، وطويل المدة ما زاد على السنة فى رواية أشهب، فهذا تنقطع فيه الشفعة.

مسألة: وهذا إن علم بالشراء، وثبت ذلك عليه ببينة أو إقراره، وإن أنكر العلم به، وهو مقيم بالبلد، فقد قال ابن المواز، عن ابن عبدالحكم: إنه مصدق، ولو بعد أربعة أعوام. قال ابن المواز: وإن الأربعة لكثير، ولا يصدق فى أكثر منها.

قال مالك: فِى الرَّجُلِ يُوَرِّثُ الأَرْضَ نَفَرًا مِنْ وَلَدِهِ، ثُمَّ يُولَدُ لأَحَدِ النَّفَرِ، ثُمَّ

يَهْلِكُ الأبُ، فَيَبِيعُ أَحَدُ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّـهُ فِى تِلْكَ الأرْضِ، فَإِنَّ أَخَا الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ شُرَكَاءِ أَبِيهِ.

قال مالك: وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا[١].

الشرح: وهذا على ما قال أن الإخوة إذا ورثوا أرضًا، فيتوفى أحدهم عن ولد ورثوه، ثم باع أحد الولد نصيبه، فإن إخوة البائع أحق بشفعته ما باع من أعمامه؛ لأن شركتهم أخص، فتخص بمضرة الشركة، وتبعيض السهام، وبسبب إزالة الضرر من القسمة، فكانت الشفعة بينهم أولى. وقد قال ابن المواز: المشترى والوارث فى الشفعة سواء.

وقال مالك فى المجموعة والعتبية: ليس المشترى كالورثة، ولا العصبة كأهل السهام المفروضة، فيحتمل القول الذى فى كتاب محمد المخالفة لرواية العتبية.

ويحتمل أن يريد أن الوارث الواحد يشارك المشترى أنه بمنزلته فى الشفعة. ورواية العتبية فى جماعة ورثة يرثون أباهم أن بعضهم أحق بشفعته فيما باعه إشراكهم من الورثة لما قدمناه.

مسألة: والورثة على ضربين، أهل سهم، وغير أهل سهم، فأما أهل السهم كالجدتين تشتركان فى السدس، والأخوات الشقائق والأخوات للأب يشتركن فى الثلثين، والإخوة للأم يشتركون فى الثلث، والزوجات يشتركن فى الربع أو الثمن.

فقد قال مالك فى الموازية والمجموعة: أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة.

فإن تركوا الشفعة، فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث، فإن سلم أهل الميراث فسائر الشركاء أحق بالشفعة، قال: ولم يختلف فيه أصحاب مالك، المغيرة وغيره، إلا ابن دينار.

مسألة: فإن كان مع أهل السهم عصبة، فباع أحد العصبة، فقد قال ابن القاسم: الشفعة لأهل السهام والعصبة، قاله مالك وأصحابه، إلا أشهب، فإنه قال: الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٧٧/٢١.

وجه القول الأول أن آحاد العصبة مشاركون لجملة أهل السهم، فلذلك كان أهل السهم بمنزلتهم في حقوقهم، وآحاد أهل السهم لا يشاركون العصبة، وإنما يشاركونهم بالجملة؛ لأن حقوقهم متقدمة، وقد تساووا في ذلك.

ووجه آخر، وهو أن معنى التعصيب في هذا الموضع، المورثة، لا مزيد عليه، ولذلك لا تتقرر سهامهم، ولا تختص بسهم ما، وحق أهل السهم المتقدم على العصبة بذلك السهم.

ولذلك يضربون به عند العول، والعصبة يسقطون عند العول، فكل حق للعصبة شاركهم فيه أهل السهم بذلك، وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم لاختصاصهم بالسهم وحقوقه.

مسألة: ومن أوصى لهم بثلث أو بسهم، فباع أحدهم، فإن شركاءه أحق بالشفعة من الورثة، قاله أشهب في الموازية، وقاله ابن عبدالحكم. وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم، وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام.

قال مالك: الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، يَأْخُذُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ، إِنْ كَانَ قَلِيلا فَقَلِيلا، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَبِقَدْرِهِ، وَذَلِكَ إِنْ تَشَاحُّوا فِيهَا[(١)].

قال مالك: فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ حَقَّهُ، فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ: أَنَا آخُذُ مِنَ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي، وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَسْلَمْتُهَا إِلَيْكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَدَعَ فَدَعْ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا خَيَّرَهُ فِي هَذَا وَأَسْلَمَهُ إِلَيْهِ، فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إِلا أَنْ يَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَوْ يُسْلِمَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ أَخَذَهَا، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِلا فَلا شَيْءَ لَهُ[(١)].

الشرح: وهذا على حسب ما قال إن الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الأنصباء في المال المبيع بعضه، وليست الشفعة على عدد الشركاء.

قال ابن المواز: وقاله علي بن أبي طالب، قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١/٢٨٠.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١/٢٨١.

لشركتهم لا لعددهم، فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة. قال محمد: كعتق رجلين نصيبهما فى عبد، فالتقويم عليهم بقدر نصيب كل واحد منهما.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى معنى قول مالك: **«له من الشفعة بقدر نصيبه، إن كان قليلاً فقليلاً، وإن كان كثيرًا فبقدره، وذلك إذا تشاحوا فيه»**، يقتضى أنهم إن لم يتشاحوا، جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا، وإن لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل ما يعطى من كثير نصيبه أو أكثر.

وقد حكى القاضى أبو محمد: لا تجوز هبة الشفعة، ولا بيعها، والمشترى للشقص أحق بذلك ممن وهبه إياها الشفيع أو باعها منه.

فرق: والفرق بينه وبين هذه المسألة، أن الموهوب له لا حق له فى الشفعة، والشفيع الذى أعطى أكثر من حقه منها له حق فى الشفعة، وإنما صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق ذلك استحقاقه، ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها، فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها؛ لأنه فى معنى تركه الأخذ بها.

فصل: وقوله: **«فأما أن يشترى رجل من رجل من شركائه، فيقول أحد الشركاء: أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتى، ويقول المشترى: إما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة، فليس للشريك إلا ذلك»**، يحتمل أن يريد بقوله: **«فيشترى رجل من رجل من شركائه»**، أن رجلاً أجنبيًا اشترى من رجل من شركاء المالك، فنسبه إليه بمعنى الملك، كما يقول صاحبه ومالكه.

ويحتمل أن يريد به أن رجلاً من الشركاء اشترى من رجل من شركائه، فيكون الضمير من شركائه عائدًا إلى المشترى، فإن كان المشترى من غير الشركاء، فأراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة، فقال المشترى: إما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع، فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائبًا أو حضورًا.

فإن كانوا حضورًا، وأبوا الأخذ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يترك، فإن ترك فلا رجوع له فى الشفعة، فإن أخذ لم يكن لأحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه.

ووجه ذلك أن الأخذ بالشفعة عقد لازم، والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم، فإذا انعقد ذلك على أحد الوجهين، فقد لزم فى الجهتين، فلا رجوع لأحدهما فيه.

فرع: ولو أراد الشفيع أخذ الجميع، لم يكن للمشترى منعه من أخذ الجميع، قاله فى المدونة.

ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعيض، فكما ليس للشفيع أن يبعضها على المشترى، كذلك ليس للمشترى تبعيضها على الشفيع.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ: إن كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للمبتاع، فليس للشفيع إلا قدر سهمه، وللمبتاع سهم المسلمين، وإن كان تسليمه على وجه كراهية الأخذ، فللشفيع أخذ الجميع.

فإن أبى، فلا شفعة له، وقد تقدم أنه لا يجوز هبة الشفعة، لكنه إنما جوز هبتها لمن له حق فى ملكها كالمشترى، وإذا تركها الشفيع ولم يهبها، فإن للشفيع الأخذ بالشفعة، فقدم عليه، والله أعلم.

مسألة: وإن كان أشراكه غيبًا، لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا، وليأخذ الآن الكل أو يترك، فإن ترك، فلا دخول له مع أصحابه إذا قدموا، وأخذوا الشفعة، فإن قدم واحد ممن غاب قيل له: خذ الجميع أو اترك الجميع.

ولو أخذ الحاضر الجميع، فمن قدم دخل معه فى الشفعة، إن أراد ذلك على قدر حصتهما، كما لو لم يكن شريك غيرهما، قاله ابن القاسم فى المدونة، وقاله أشهب فى غيرها.

مسألة: وأما إن كان المشترى أحد الشركاء، فأراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم، وقال الشفيع: إنك شفيع معى، فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة، فلم أر فيه نصًا، إلا ما تحتمل هذه المسألة من التأويل.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والذى عندى أن للمشترى أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك؛ لأن المشترى أكثر ما فيه أنه شفيع تارك، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهى عند المشترى بالشراء لا بالشفعة، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى الأَرْضَ فَيَعْمُرُهَا بِالأَصْلِ، يَضَعُهُ فِيهَا أَوِ الْبِئْرِ يَحْفِرُهَا، ثُمَّ يَأْتِى رَجُلٌ، فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا، فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ: إِنَّهُ لا شُفْعَةَ

لَهُ فِيهَا إِلا أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ، فَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ كَانَ أَحَقَّ بِالشُّفْعَةِ، وَإِلا فَلا حَقَّ لَهُ فِيهَا[(١)] .

الشرح: وهذا على ما قال أن المشترى إذا اشترى الأرض فعمرها، فإن عمارته لها تكون على وجهين، أحدهما: بالغرس والبناء، وما له أصل ثابت. والثانى: ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والإصلاح.

فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت، فإن الشفيع لا شفعة له، إلا أن يعطيه قيمة ما عمر، قاله مالك فى الموازية والمجموعة وغيرها.

ووجه ذلك أنه عمر بوجه حق؛ لأنه عمر فى ملكه، فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع، ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة، ويشاركه المشترى بالعمارة؛ لأن ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التى شرعت الشفعة لنفيها.

وتصور هذه المسألة بأن يكون المشترى اشترى الأرض كلها فعمر فيها، وهو يعتقد أنها له، فاستحق رجل منها حصة، وأراد أخذ الباقى بالشفعة.

وهذا معنى قول مالك أن المشترى اشترى الأرض، ثم أتى رجل بعد أن عمر، فأدرك فيها حقًا، يريد، والله أعلم، استحق منها جزءًا، أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة أنه أراد أن يتملك جميعها.

وأما من اشترى شقصًا من أرض، فبنى فيها، ثم قام الشفيع، فإن العمارة تقوم مطروحة نقضًا، فإن شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضًا، وإلا أمره بقلعه، قاله مالك فى المجموعة. ووجه ذلك أنه متعد بالبنيان.

فرع: فإذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس، فقد روى أشهب، عن مالك فى الموازية: إنما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه قد يهدم قبل ذلك، ويبنى ويغرس.

وقال بعض الناس: للغارس ما أنفق، وليس بصواب، وقد ينفق فى غراس، وحفر عيون الماء الكثير، ولا ينبت منه إلا اليسير، قال ابن المواز: ونحوه قال ابن القاسم وعبدالملك.

فصل: وقوله: «ثم يأتى رجل، فيدرك فيها حقًا»، يريد يستحق منها جزءًا، وهذا

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٥.

الجزء الذى استحقه، وقد بنى فيه المشترى، فإنه ليس له أخـذه حتى يدفـع إلى المشـترى قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من أنـه بنـى بوجـه حـق، فليـس لـه أن يـأمره بقلعه؛ لأنه إتلاف لما بنى وغرس.

فإن أبى المستحق من أن يدفع إلى المشترى قيمة مـا بنـى، قيـل للمشـترى: ادفـع إليـه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء.

فإن أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه، والمشترى بقيمة بنائـه أو غرسـه، وهـذا المشهور من المذهب، وقد تقدم ذكر الخلاف فى إحياء الموات.

ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجـه لا يمكـن إزالته منه إلا بـالضرر، وقـدم مـالك الأرض؛ لأن ملكـه أقـدم، ولأن الأرض أثبـت فـى الأصول الثابتة من البناء والشجر.

فإذا أبى لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه، وعرض على الآخر أن يدفع إليـه قيمـة أرضه، فإن أجاب إلى ذلك، وامتنع منه صاحب الأرض، أجبر على ذلك لضعـف جنبتـه من الإباية عن تخليص الملك.

فإن أبى المشترى أيضًا شرك بينهما؛ لأن هذا الحكم مبنى على أن يجبر فيه على البيـع إذا ادعا إليه الآخر، ولا يجبر على الشراء من أباه، فلم يبق إلا التشريك بينهما.

فرع: فإن دفع المشترى إلى المستحق قيمة أرضـه، وأراد المستحق أخـذ بقيـة الأرض بالشفعة، ففى المجموعة عن أشهب أنه اختلف قول مـالك فيـه. قـال أشـهب: ولسـت أراه.

وجه نفى الشفعة ما احتج بـه أشـهب مـن أنـه لـم يـأخذ بالشـفعة حتـى أخـذ قيمـة شقصه. ومعنى ذلك أن الشفعة إنما تثبت لنفى الضرر، وقـد خـرج عـن الشـقص الـذى كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة، فلا شفعة له.

ووجه القول الثانى أن الشفعة قد تثبت له بشراء المشترى، وقد تقدم ملكه فبيعه بعـد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة، وإنما يعتبر فـى الأخـذ بالشـفعة بوقـت وجوبهـا، وهـو وقت شراء المشترى.

ويجىء على القول الأول أن الاعتبار بوقت الأخـذ دون وقـت الوجـوب، فـإن بيعـه لحصته التى بها يستحق الشفعة ترك لشفعته؛ لأن الشفعة إنما تثبـت لإزالـة الضـرر، فـإذا

باع حصته من الملك، لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفى الضرر عنه، فكان بيعه لحصته يقتضى ترك الأخذ بالشفعة، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإن أبى المشترى من دفع قيمة الأرض ورجعا إلى الشركة، فإن كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء، فهما شريكان بنصفين، وهل تثبت بينهما الشفعة، قال أشهب: ففى المجموعة: لا شفعة فى النصف الآخر.

وقال فى كتاب الغصب لابن المواز: تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء، فيكون له نصفه أيضًا بربع ثمن الدار، وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشترى بربع قيمة النقض الذى هدم منقوضًا.

قال مالك: مَنْ بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ الشُّفْعَةِ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ، اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِىَ، فَأَقَالَهُ، قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ الَّذِى كَانَ بَاعَهَا بِهِ[1] .

الشرح: وهذا على حسب ما قال، ومعنى ذلك أن الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة؛ لأن حق الشفيع قد وجب فى الشقص المشترى، وأثبت له الخيار فى أخذه أو تركه، فلم يكن للمشترى والبائع أن يسقطا حقه منه بالإقالة، ولا بغيرها، ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول.

وهل له أن يأخذ بالإقالة، وتكون عهدته على المشترى أم لا؟ مبنى على اختلاف قولهم فى الإقالة هى بيع حادث أم نقض بيع، فإذا قلنا إنها نقض بيع، لم يكن له أن يأخذه بالإقالة، وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول، وتبطل الإقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولزومه، ولذلك قال مالك: لو سلم الشفعة صحت الإقالة، وهو الذى قاله مالك فى الموازية والمجموعة.

قال أشهب: وهذا استحسان. وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة: إن رأى أن الإقالة كانت لقطع الشفعة، فهى باطل وللشفيع الشفعة ثابتة، وإن رأى أنها على الصحة، صحت الإقالة، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء.

وإذا قلنا إنها بيع حادث، وهو الذى ذكره القاضى أبو محمد، فإن له أن يأخذ بالبيع الأول أو بالإقالة، فتكون عهدته إن شاء على البائع، وإن شاء على المشترى، مع التساوى فى الثمن.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٧.

ولو كانت الإقالة بأقل من الثمن الأول أو أكثر، فهو بيـع حـادث ولا خـلاف فيه، فله أن يأخذ بالأول، أو الثانى أيهما شاء.

مسألة: وهذ إذا كانت الإقالة قبل تسليم الشفعة، فإن كـانت بعـد تسـليم الشـفعة، ففى الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون: فإن للشـفيع أن يـأخذ بعهـدة الإقالة، وكذلك الشفعة فى الشركة والتولية.

ووجه ذلك أن الإقالة بعد تسليم الشفعة بيع حـادث، فكـان لـه أن يـأخذ بالشـفعة، وإن كان قد سلمها قبل الإقالة، كمن باع شريكه، فسـلم الشـفعة، ثـم بـاع المشـترى، فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى، والله أعلم.

قال مالك: مَنِ اشْـتَرَى شِـقْصًا فِـى دَارٍ أَوْ أَرْضٍ وَحَيَوَانًـا وَعُرُوضًـا فِـى صَفْقَـةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَبَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِى الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ، فَقَالَ الْمُشْتَرِى: خُذْ مَا اشْـتَرَيْتُ جَمِيعًا، فَإِنِّى إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ جَمِيعًا.

قال مالك: بَلْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِى الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ بِحِصَّتِهَا مِنْ ذَلِكَ الثَّمَـنِ يُقَامُ كُلُّ شَىْءٍ اشْتَرَاهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حِدَتِهِ عَلَى الثَّمَـنِ الَّـذِى اشْتَرَاهُ بِـهِ، ثُـمَّ يَـأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ بِالَّذِى يُصِيبُهَا مِـنَ الْقِيمَـةِ مِنْ رَأْسِ الثَّمَنِ، وَلا يَـأْخُذُ مِـنَ الْحَيَـوَانِ وَالْعُرُوضِ شَيْئًا إِلا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ[1] .

الشرح: معنى ذلك، واللـه أعلـم، أن مـن اشـترى شـقصًا مـن دار أو أرض ممـا فيـه الشفعة، ومعه فى الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العـروض، فـلا يخلـو أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلته، أو يكون ممـا لا تعلـق لـه به.

فإن كان من آلته، ففى المجموعة عن سحنون أن ما بيع مع الحائط مـن آلتـه ورقيقـه أن فيه الشفعة؛ لأن صلاح الحائط لا يتم إلا به، كالعين تباع مع الأرض.

وفى الموازية: والدواب والرقيق والآلة أنه كبعضه، يريد أن الشفعة فيه على وجه التبع للحائط. قال: إلا أن يكون إنما أضيف إليه يوم الصفقة، وقد كان أخرج منه قبل ذلـك، فلا شفعة فيه، فهذا على ما قال، وإنما يكون له حكم التبع إذا كان قـد أثـر فـى الحـائط عمله أو العمل به.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٨٨/٢١.

فأما ما لم يعمل به بعد فى الحائط، ولم يكن فيه تأثير، فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم فى المساقاة، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إن كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعًا له مثل أن يبيع شقصًا وثوبًا بثمن ما، أن الثمن يفض على الشقص والثوب، وما أصاب الشقص، فهو ثمنه، وبه يأخذ الشفيع إن شاء، وما أصاب الثوب، فهو ثمنه، ويبقى للمشترى.

قال فى كتاب ابن المواز: ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن، لم يجز.

ومعنى ذلك أن يستوجبه على أنه عليه بما يصيبه من القمية دون خيار له عند معرفة القيمة، فذلك غير جائز.

وأما أن يستوجبه على أنى قد أخذت بالشفعة، وإن لم يعلم الثمن، فلذلك تأثير عندى فى طول أمد الشفعة، ولا يقال فيه أنه غير جائز؛ لأنه على حسب ما كان عليه من الخيار إذا عرف الثمن.

مسألة: ولو باع شقصًا وقمحًا بدنانير، فلابد من تقويم الشقص والقمح، قاله فى الموازية مالك وابن القاسم وأشهب.

ووجه ذلك أنه إذا اشتملت الصفقة عليهما، فلا سبيل إلى معرفة الشقص إلا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح، فيفض الثمن عليهما، ولو باع منه شقصًا أو مائة درهم بدينار، فلابد أيضًا من تقويم الدراهم والشقص. قال محمد: وهذا على قول أشهب بتجويز الصرف والبيع معًا.

فصل: وقوله: «**ولو قال المشترى: خذ ما اشتريت جميعًا، فإنى إنما اشتريته جميعًا، فإنه إنما يأخذ ما فيه الشفعة**»، يريد أنه لا يلزم ذلك الشفيع، ولو اتفقا على ذلك لجاز، وكان بيعًا مستأنفًا، ولذلك قال مالك: ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئًا إلا أن يشاء ذلك.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَسَلَّمَ بَعْضُ مَنْ لَهُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ وَأَبَى بَعْضُهُمْ إِلا أَنْ يَأْخُذَ بِشُفْعَتِهِ، إِنَّ مَنْ أَبَى أَنْ يُسَلِّمَ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَيَتْرُكَ مَا بَقِيَ[1] .

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٩.

الشرح: معنى ذلك أن بعض الشفعاء إذا سلم الشفعة، وأراد بعضهم الأخذ بها، فإن أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشترى أن يمنعه من ذلك؛ لأنه شفيع، فلا تتبعض عليه الشفعة للمشترى كما لو انفرد.

مسألة: فإن أراد أن يأخذ بقدر حصته، فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشترى أو يمنعه منه، فإن سوغه ذلك جاز؛ لأن الحق فى استيعاب الشفعة إنما هو حق لهما وغير خارج عنهما.

فإذا رضيا بترك ذلك جاز، كالبيع، وإن أبى المشترى من ذلك، فعلى ما قال فى الأصل، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة، لما على المشترى فى أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته، وأخذ بعضها وإلزامه سائرها.

قال مالك: فِى نَفَرٍ شُرَكَاءَ فِى دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَبَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ وَشُرَكَاؤُهُ غُيَّبٌ كُلُّهُمْ إلا رَجُلا، فَعُرِضَ عَلَى الْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكَ، فَقَالَ: أَنَا آخُذُ بِحِصَّتِى، وَأَتْرُكُ حِصَصَ شُرَكَائِى حَتَّى يَقْدَمُوا، فَإِنْ أَخَذُوا فَذَلِكَ، وَإِنْ تَرَكُوا أَخَذْتُ جَمِيعَ الشُّفْعَةِ.

قال مالك: لَيْسَ لَهُ إلا أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ كُلَّهُ أَوْ يَتْرُكَ، فَإِنْ جَاءَ شُرَكَاؤُهُ أَخَذُوا مِنْهُ أَوْ تَرَكُوا إِنْ شَاءُوا، فَإِذَا عُرِضَ هَذَا عَلَيْهِ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ، فَلا أَرَى لَهُ شُفْعَةً[١].

الشرح: قوله: «**فى نفر شركاء فى دار واحدة**»، وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب، ولا فرق بين الدار الواحدة فى ذلك، والدور الكثيرة.

ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع إنما يأخذ ما اشتراه فى الثلاث الدور، أو يترك الكل، وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور، ويترك ما اشتراه من سائرها، إذا كان شريكه فى جميعها، وكان المشترى اشترى ذلك فى صفقة واحدة.

قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض الصفقة، ألا ترى أن من اشترى أرضًا، ثم استحق الكثير منها، فإن له سائرها لضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٩.

مسألة: ومن اشترى من رجلين شقصًا من دارين وشفيعهما واحد لـم يكـن للشـفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر، قاله مالك فى المدونة، وقاله فـى غيرهـا ابـن القاسـم وأشهب وغيره.

ووجهه أنه تبعيض بصفقة المشترى، فلم يكن ذلـك للشـفيع كمـا لـو اشترى مـن واحد.

مسألة: ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارًا أو أرضًـا ونخـلاً، وشـفيع ذلـك كله رجل واحد، ففى المدونة لابن القاسم: إنما له أن يأخذ ذلك كلـه، أو يـترك، سـواء اشترى ثلاثة من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، أو واحد من ثلاثة، إذا كان فى صفقة، فأمـا شراء واحد من ثلاثة فظاهر.

وأما الشفعة فيما اشترى من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، فإن كان ذلك علـى الإشـاعة بينهم، فبين أيضًا، وقد أشار أشهب فى الموازية والمجموعة إلى أن هذا معنى المسألة.

وقال: إن له أخذ حصة أحدهم دون الباقين، وإن كان اشترى كل واحد منهم حـظ رجل، انفرد به، فما أعلم وجه الصفقة لذلك، ولا يظهر عندى فيه وجه لثبوت الشفعة؛ لأنه ليس فيه تبعيض لصفقة أحدهم، والله أعلم وأحكم.

وقد قال ابن القاسم فى الموازية وغيرها فى الرجلين يشتريان حصة رجـل مـن أرض: ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لمـا ذكرنـاه مـن اشـتراكهما فـى المبيـع والصفقة، وقد قال أشهب: له أن يأخذ حصة أحدهما، قـال محمـد: وهـو أحـب إلينـا، وقاله سحنون.

مسألة: ولو بعت حظًا من دارين من رجل واحد، ولكل حـظ شـفيع، فلكـل واحـد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه، يفض الثمن بينهما، ثم يأخذ بالشفعة، ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن، لكان أخذه باطلاً، قاله ابـن القاسم وأشهب.

ووجه ذلك أنه إنفاذ البيع بثمن مجهول، وذلك غير جائز. ومعنى ذلـك عنـدى على مذهب من يرى الشفعة بيعًا، أن ينفذ الأخذ بالشفعة، فيلزم الشفيع والمشترى.

وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة، ولم يعرف الثمن، فإنه ليس بأخذ لازم له، وله الخيار إذا عرف الثمن، ولكن له تأثير فى أخذ الشفعة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا تقع فيه الشفعة

١٤٤٧ – قَالَ مَالِك: عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ عُثْمَانَ ابْنَ عَفَّانَ قَالَ: إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فِي الأَرْضِ، فَلا شُفْعَةَ فِيهَا، وَلا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلا فِي فَحْلِ النَّخْلِ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى هَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِك: وَلا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ، صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

قَالَ مَالِك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا شُفْعَةَ فِي عَرْصَةِ دَارٍ، صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

الشرح: قوله: **«إذا وقعت الحدود فى الأرض، فلا شفعة فيها»**، على ما تقدم من أنه لا شفعة للجار؛ لأن الحدود إذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة، فقد خرجوا عن حكم الشركة إلى حكم المجاورة.

والحديث الذى ورد أن الجار أحق بصبقه؛ لأنه محمول على الشريك، بدليل قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة»، وهذا واضح فى ذلك.

فصل: وقوله: **«ولا شفعة فى بئر»**، يريد، والله أعلم، بئر لا أرض لها مشاعة، ولا يقسم ماؤها، وإنما هى من آبار الشفة أو آبار سقى الأرض، إلا أن الأرض قد بيعت دونها أو قسمت.

وفى المدونة عن مالك فيمن قاسم شريكه الأرض والنخل، ثم باعه نصيبه من العين، فلا شفعة فيه، ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما، فإذا كانت تبعًا لما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة إليها، وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة، وإذا لم تكن تبعًا لها، فلا شفعة فيها، والله أعلم وأحكم.

١٤٤٧ – أخرجه الشافعى فى الأم ٤/٤، ورواه عبد الرازق فى المصنف برقم ١٤٣٩٣، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٧.

مسألة: وآبار النخل وعيونها على ضربين، منهـا مـا يكـون عـددًا، يحتمـل القسـمة، ومنها الواحدة التى لا تحتمل القسمة.

فأما ما يحتمل القسمة، ففى المجموعة والموازية فى الأرض بـين الرجلـين، لهـا بئـران أو عينـان، فاقتسـما البئرين أو العينـين خاصـة، فبـاع أحدهمـا عينـه أو بئره، وحصـة الأرض، فإن للشفيع الشفعة فى الأرض دون البئر بمـا يصيـب الأرض مـن الثمـن، تقـوم الأرض بلا بئر، والبئر بلا أرض.

وقال فى كتاب محمد: ولو باع البئر دون أرض فلا شفعة فيها.

وجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم، فلا شفعة فيـه، وأمـا إن كـانت بئـرًا واحـدة، فلا يصح فيها قسمة ولا شفعة فيها، إلا على قول من يرى الشفعة فـى النخلـة الواحـدة والشجرة الواحدة، ولم أر أحدًا من أصحابنا صرح بذلك، وإن كان قياس ما قدمناه.

واتفقوا على أنه إن كانت الأرض باقية علـى الإشـاعة، فالشـفعة فيهـا، وإن أفـردت بالبيع، وإن كانت أرضها مقسومة، ولا أرض لها، فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسـها على هذا القول، وإنما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض، وصرف جميع منافعها إليها.

وعلى هذا كان يجب أن لا تكون الشفعة فـى العـدد الكثـير، فيمـا إذا لـم يكـن لهـا أرض، وإن احتمـال القسـمة، وإذا ثبتـت الشـفعة فـى الكثـير فيهـا؛ لأنهـا أصـل ثـابت وجبت الشفعة فى كثيرها إذا انفردت عن الأرض.

وفى الواحدة منها وإن انفردت على قول من يرى الشفعة فى الشجرة الواحـدة، ولا يرى الشفعة فيهـا علـى قـول ابـن القاسـم إلا إذا اتصـل بهـا مـن الأرض مـا تجـب فيـه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد تكون العين الواحـدة لا تحتمـل رقبتهـا القسـمة، ويكـون ماؤهـا يقسـم بالقلد، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم: أن الشفعة فـى مائهـا، وإن لم يكن ملاكها شركاء فى الأرض التى تسقى بتلـك العـين وأهـل كـل قلـد يتشـافعون دون أشراكهم. وقال أشهب فى المجموعة: لا شفعة فيها إذا قسمت الأرض.

وجه القول الأول أن هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعـة مقصـودة يتبـع أصلـه بمجرد العقد، فتثبت فيه الشفعة كالثمرة.

ووجه قول أشهب يجوز أن يكون على قول من لا يرى الشفعة فى الثمـرة، ويحتمـل

أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة؛ لأن آحاده لا تحتمل القسمة كالأرض التي لا تحتمل القسمة، وإنما تثبت فيها الشفعة على وجه التبع إذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم.

فصل: وقوله: **«ولا شفعة في فحل النخل»**، يريد، والله أعلم، أن تكون نخلة واحدة يحتاج إليها لتلقيح الحائط، فإن كان الحائط مشتركًا بين أرباب الفحل، فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة.

وإن لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقح بها، فحكمه حكم النخلة الواحدة. وفي الموازية عن مالك: إذا قسم الحائط وبقي الفحل والفحلان، ولا يقدر أن يقسم، فليس ذلك شفعة.

قال ابن القاسم في المدونة: لا شفعة في النخلة الواحدة؛ لأنها لا تنقسم. ورواه ابن حبيب، عن مطرف في الشجرة. وقال ابن الماجشون: فيها الشفعة؛ لأنها من الأصول الثابتة، وبه قال أشهب وأصبغ.

وذلك مبني على إثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك.

فصل: وقول مالك: **«لا شفعة في طريق، صلح القسم فيها أو لم يصلح»**، وقد قال في الموازية: لا شفعة في طريق ولا عرضة، وإن صلح فيها القسم.

ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها؛ لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها، ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء. وقال مالك في المدونة: لا أرى أن يقسم مجرى الماء.

وقال ابن القاسم: لا يقسم الطريق إذا أبى ذلك أحدهم. وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما عرصة الدار، ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم، عن مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة، فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة، ولا شفعة لشريكه في العرصة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الإشاعة، وقد خرجت عن أن تكون تبعًا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت.

قال مالك: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ عَلَى أَنَّهُ فِيهَا بِالْخِيَارِ، فَأَرَادَ شُرَكَاءُ الْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذُوا مَا بَاعَ شَرِيكُهُمْ بِالشُّفْعَةِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ الْمُشْتَرِي: إِنَّ ذَلِكَ لا يَكُونُ لَهُمْ حَتَّى يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي وَيَثْبُتَ لَهُ الْبَيْعُ، فَإِذَا وَجَبَ لَهُ الْبَيْعُ، فَلَهُمُ الشُّفْعَةُ[1] .

الشرح: معنى ذلك أن البيع إذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه قد كمل وانتقل به البيع إلى ملك المبتاع، وإذا كان على وجه الخيار، فالمبيع باق على ملك البائع، فلا تثبت الشفعة مع بقائه على ملك البائع.

قال مالك: وسواء كان الخيار للبائع أو للمشترى. قال ابن القاسم وأشهب: وكذلك لو كان الخيار لأجنبى.

مسألة: ولو باع أحد الشركاء فى مدة الخيار، ففى الموازية من رواية أصبغ، عن ابن القاسم، أن من صار إليه الشقص ببيع الخيار، له الشفعة فى بيع البتل، سواء صار إلى البائع أو المشترى، ورواه ابن حبيب، عن مطرف.

قال ابن المواز: ذهب ابن القاسم إلى أن الشفعة للبائع بالخيار فى بيع البتل، نفذ بيع الخيار أو رد، وقاله أصبغ. وقال أشهب: الشفعة لمبتاع البتل فيما بيع بالخيار.

وجه قول ابن القاسم أن هذا مبنى على أن البيع فى مدة الخيار مراعى، فإن نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع إلى المشترى، وإن رد علم أنه كان باقيًا على ملك البائع، فبين بإنفاذ البيع أو رد مستحق الشفعة فى بيع البتل يوم العقد.

ووجه قول أصبغ أنه مبنى على أن المبيع باق فى مدة الخيار على ملك البائع، فهو أحق بالشفعة، فإن نفذ البيع بعد ذلك، فإنما هو بيع حاضر بعد وقوع البتل، فالشفعة فى بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار، وباع حصته بعد البيع.

وأما قول أشهب، فمبنى على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده فى حصته عقد بيع البتل، فلا شفعة له، فإذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار، كان لمشترى البتل الشفعة فيما أنفذ بعد ذلك من بيع الخيار.

مسألة: ولو سلم الشفيع شفعته فى مدة الخيار، لم تبطل شفعته، وكان له الأخذ بها إذا تم البيع، من كتاب ابن المواز.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٣٠٠.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: إذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة، فالشفعة لمشترى البتل فيما بيع بالخيار؛ لأن بيع الخيار إنما يثبت يوم يختار، وقاله أشهب.

فتحمل رواية ابن المواز على أن الشفيع فى بيع الخيار، ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد.

ومعنى قول ابن الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التى وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ما باعه بالخيار على ملكه، فإذا سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده، فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار، فله أن يأخذ بالشفعة ما لزم، ونفذ فيه البيع بعده، والله أعلم.

وقد اختلف مالك فى أصل بنى عليه هذه المسألة، وهو فيمن وجبت له شفعة، فباع نصيبه من ذلك الملك، ففى كتاب ابن حبيب، عن أشهب: أنه اختلف فى ذلك قول مالك، قال: وأحب إلىّ أن لا شفعة له بعد بيعه.

وقال أحمد بن ميسر: لا شفعة له بعد أن باع، إلا أن يبقى له بقية أخرى؛ لأن أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضييق الواسع وخراب العامر، وهذا ليس له شىء يلحقه ذلك فيه، وما أظهره من علة الشفعة ليس بشىء؛ لأن مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل ويحول، ولا شفعة فيه.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية: إذا باع، ولم يعلم بشفعته، فله الشفعة، وتكون عهدته على المبتاع. وقال ابن المواز: سواء باع من شريكه أو غيره بيت، إن وجبت له الشفعة، فشفعته قائمة.

مسألة: ومن ابتاع شقصًا، فوجد به عيبًا، وأراد رده، وأراد الشفيع أخذه، وقال: أنا أرضى بعيبه، فللمبتاع رده، ولا شفعة للشفيع، قاله أشهب فى المجموعة.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية فيمن ابتاع دارًا، فردها بعيب دلس فيه به، ثم استحق نصفها بعد أن ردها، فالشفعة له إن شاء من حساب جميع الثمن.

فوجه قول أشهب أن المبتاع يقول: لا أرضى بأن يثبت على عهدة معيب، وقد ثبت لى خيار الرد، فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار.

ووجه قول ابن القاسم أنه بيع نقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى، فثبتت فيه الشفعة كما لو لم يجد به العيب.

مسألة: وهذا إن أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب، فتكون عهدته على المشترى، ولو أراد أن يأخذ بالرد بالعيب، فتكون عهدته على البائع.

فأما من قال من أصحابنا: إن الرد بالعيب نقض للبيع من أصل البيع، أو نقض له من وقت الرد بالعيب، فلا شفعة فيه، والله أعلم.

فرع: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه: أن عهدة الشفيع على المشترى. قال القاضى أبو محمد: سواء أخذ بالشفعة قبل قبض المشترى الشقص أو بعده.

وقال ابن أبى ليلى: العهدة على البائع على كل وجه. وقال أبو حنيفة: هى على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتر.

ووجه ذلك أن المبيع يحصل فى ملك المشترى بنفس العقد اللازم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده، فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه؛ لأن الملك إنما ينتقل عنه إليه.

مسألة: وإذا أفلس مبتاع الشقص، فقال ابن القاسم: الشفيع أحق به، ويدفع الثمن إلى البائع.

ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله إلا مع عدم الثمن الذى له، وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له، فكان الشفيع أحق به، وإذا رجع الشقص إلى بائعه، فللشفيع الشفعة؛ لأنه بيع جديد، قاله سحنون.

ووجه ذلك أن ارتجاع البائع لما باع عند فلس المفلس، ينقل المبيع من ملك المشترى، ويرده إلى ملك البائع، فكان ذلك تبعًا له حكم المبيع، وتثبت فيه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن، فباعه الإمام للغرماء، ففى العتبية عن أشهب: فيه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي أَرْضًا، فَتَمْكُثُ فِي يَدَيْهِ حِينًا، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ، فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا بِمِيرَاثٍ: إِنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ إِنْ ثَبَتَ حَقُّهُ وَإِنَّ مَا أَغَلَّتِ الأَرْضُ مِنْ غَلَّةٍ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ إِلَى يَوْمِ يَثْبُتُ حَقُّ الآخَرِ؛ لأَنَّهُ قَدْ كَانَ ضَمِنَهَا لَوْ هَلَكَ مَا كَانَ فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ أَوْ ذَهَبَ بِهِ سَيْلٌ. قَالَ: فَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ أَوْ هَلَكَ الشُّهُودُ أَوْ مَاتَ الْبَائِعُ أَوِ الْمُشْتَرِي أَوْ هُمَا حَيَّانِ، فَنُسِيَ أَصْلُ الْبَيْعِ وَالاشْتِرَاءِ لِطُولِ الزَّمَانِ،

فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَنْقَطِعُ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ عَلَى غَيْرِ هَـذَا الْوَجْـهِ فِي حَدَاثَةِ الْعَهْدِ وَقُرْبِهِ وَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْبَائِعَ غَيَّبَ الثَّمَنَ وَأَخْفَـاهُ؛ لِيَقْطَـعَ بِذَلِـكَ حَـقَّ صَاحِبِ الشُّفْعَةِ، قُوِّمَتِ الأَرْضُ عَلَى قَدْرِ مَا يُرَى أَنَّهُ ثَمَنُهَا فَيَصِيرُ ثمنًـا إِلَـى ذَلِـكَ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا زَادَ فِي الأَرْضِ مِنْ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ أَوْ عِمَارَةٍ، فَيَكُونُ عَلَـى مَـا يَكُـونُ عَلَيْهِ مَنِ ابْتَاعَ الأَرْضَ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ بَنَى فِيهَا أَوغَرَسَ، ثُمَّ أَخَذَهَا صَاحِبُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ[1] .

الشرح: ومعنى هذا أن من اشترى أرضًا، ثم استحق رجـل بعضهـا بميراث أو غـيره من ابتياع، أقـدم مـن ابتيـاع المستحق مـن يـده أو غـير ذلـك مـن وجـوه الاسـتحقاق المتقدمة، فإن المستحق يقضى له بما استحق من الدار، قال: ويكـون لـه أن يـأخذ باقيهـا بالشفعة.

قال يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: ولو كان المبتاع قـد رد مـا بقـى بيـده من الدار إلى البائع لما استحق منه نصفها، لكان للشفيع الأخذ بالشفعة، لا يقطع شـفعته رد المبتاع إلى ما بقى بيده إلى البائع.

ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع، وقـد نقـل البيـع مـا بقـى فيهـا إلى ملك المبتاع، فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع، فـلا يبطلهمـا ردهـا إلى البـائع، كمـا لـو أقاله من جميع الشقص المبيع.

فصل: وقوله: «**إن أ غلت الأرض من غلة، فهى للمشترى**»، ووجـه ذلـك أن ذلـك كان فى ملكه ومن ضمانه، ولو تلف جميعها أو هلك مـا فيهـا مـن غـرس أو ذهـب بـه سيل، فوجب أن تكون الغلة له، يريد ما كان له حكم الغلة مثل الثمـرة، ومـا لـم يكـن من جنس الأصل.

وأما ما كان من جنس الأصل مثل الودى، فإنه مثـل ولـد الحيـوان، فلـه حكمـه فـى الرد بالعيب والاستحقاق، وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة.

وأمـا مـا أخـذ بالاستحقاق، فـإن اشتراها المشترى، ولا ثمر فيهـا، لـم يؤبـر، ثـم استحقها وفيها ثمرة، أبرت أو أزهت، فهى له وعليه ما أنفـق، وسـقى المشترى مـا لـم تفت بجداد أو يبس، فلا شيء له فيها، وهى للمبتاع.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٠٢/٢١.

ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشترى مزهية أو مأبورة، فقد قال ابن المواز: هى للمشترى كيف كانت، ولو يبست أو جدها المشترى أو باعها أو أكلها لغرم المكيلة إن عرفها أو قيمتها.

مسألة: وأما ضمان ما تلف من النخل، فإن معنى ذلك أنه لا يرجع بثمنه على البائع منه، ولكن لو أراد المستحق أن يغرمه ثمن ذلك أو قيمته، لم يكن له ذلك، وسواء تلف ذلك بفعل المشترى أو بغير فعله.

ولو قلع النخل أو قطعها أو كانت دارًا فهدمها، لم يكن للمستحق إلا أن يأخذها كما هى، ولا يتبع المشترى بشىء مما هدم إلا أن يكون النقض حاضرًا، فيأخذه أو يرجع على البائع بثمن ما استحق.

ووجه ذلك أنه تصرف فى ملكه بما يجوز له، فلم يكن عليه ضمان لسلامته من التعدى.

مسألة: ولو أن المشترى وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلعها، لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه، وإنما يرجع بها إن شاء على الموهوب له، فيأخذ منه النقض إن وجده عنده أو حصته من الثمن من البائع، قاله أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك ما قدمناه، ولو تعدى أجنبى فهدمها عند المبتاع، ثم استحقت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدى؛ لأنه أتلف ماله على وجه التعدى، فكان له أن يضمنه، سواء علم أنه له أو لم يعلم بذلك.

فصل: وقوله: **«ولو طال الزمان أو هلك الشهود، أو مات البائع، أو المشترى، أو هما حيان، فنسى أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة، ولم يبطل الاستحقاق»،** يريد أن لطول الزمان تأثيرًا فى إبطال الشفعة.

فإذا أتى من طول الزمان ما تبيد فيه الشهود وبادوا، لم يجئ ذلك بالإشهاد على شهادتهم حتى لم يكن إثبات ثمن المشترى، فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه، أحدها: لطول الزمان، فإن له تأثيرًا فى إبطال الشفعة، ولذلك قلنا إنه إذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع، بطلت الشفعة.

والثانى: أن الظاهر تركه الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك، ولم يصرف النظر إلى ذلك حتى طال الزمان، ومضت المدد التى لا يكاد يغير فيها ذو الحق عن النظر فى

الطلب لحقه، فإن الظاهر تركه للشفعة، ولهـذا أيضًا تـأثير فـى إبطال الشـفعة، ولهـذا ثبتت فيما قرب من المدد دون ما بعد منها.

والثالث: أنه إن لم يثبت الثمن وجهل، فإن له تأثيرًا فى إبطال الشفعة.

وقد روى عيسى، عن ابن القاسـم فيمـن تصـدق علـى أخـت لـه بحصة مـن قريـة، وقال: كنت أصبت من مورثها مالاً أعلم قـدره أنـه لا شـفعة فـى ذلـك؛ لأن الثمـن لا يعرف.

قال سحنون: لأنه ليس ببيع، ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه، ولو كان عن شيء يدعيـه ويطلبه، فصولح به لكان كالبيع تثبت فيه الشفعة بالقيمة، وإن لم يسم الثمن.

فإذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير فى إبطال الشفعة، فعلـى هـذا لطـول المـدة أحوال منها أن تطول جدًا حتى يأتى من المدة ما يبيد فيها الشهود، وينسى الثمن، فهـذا يبطل شفعة الغائب والحاضر، وما هو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شـفعة الحـاضر دون الغائب.

وهى على ما تقدم وما دون ذلك من المدة تجب اليمين فيها على الحاضر أنه مـا تـرك فيها القيام تركًا لشفعته، ويكون له الأخذ بالشفعة، وهـو أقـرب مـن ذلـك فيـه الأخـذ بالشفعة دون يمين.

فصل: وقوله: «**وإن كان أمده على غير ذلك، ورأى أن البـائع غيـب الثمـن ليقطـع الشفعة، فالشفعة ثابتة**»، يريد أن إخفاء قدر الثمـن وجنسـه بمجـرده، لا يقطـع الشـفعة، وإنما يقطع ذلك خفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة.

ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة، لاتفق المتبايعان على كتمانه، وبطلت الشـفعة، وثبت الضرر، وهذا باطل باتفاق.

فصل: وقوله: «**قومت على قدر ما يرى أنه ثمنها، فيصير ذلك ثمنها**»، يريد أنـه إذا أخفى المتبايعان الثمن، فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص؛ لأنه إذا لم يعـرف العـوض أو كـان مما لا قيمة له، فالشفعة تجب بقيمة الشقص.

وهذا حكم الشـقص ينكـح بـه، أو يخـالع بـه، أو مـا جـرى مجـرى ذلـك، فإنـه إنمـا يأخذه الشفيع بقيمة ما كان عوضـه لا قيمـة لـه، فكذلـك إذا جهـل ثمنـه، واللـه أعلـم وأحكم.

قال مالك: وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَيِّ، فَإِنْ خَشِيَ أَهْلُ الْمَيِّتِ أَنْ يَنْكَسِرَ مَالُ الْمَيِّتِ قَسَمُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهِ شُفْعَةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال، ويحتمل قوله: «والشفعة ثابتة فى مال الميت كما هى فى مال الحى»، أن يكون الميت قد خلف ورثة، فباع بعضهم أو جميعهم، فلسائر الورثة إن باع بعضهم، أو لمن شركهم إن باع جميعهم، الشفعة.

فعلى هذا يكون معنى قوله: «الشفعة ثابتة فى مال الميت»، أى فى المال الذى كان للميت، وانتقل عنه بوراثة، ويحتمل أن يريد أنه بقى على حكم الميت، إما لدين لزمه، يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت به.

وقد قال فى المجموعة فى ميت لحقه دين، فباع عليه الإمام أرضه مزايدة، فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا أؤدى من الدين بقدر ما علىَّ، وآخذ بقية نصيب شركائى بالشفعة، فإن كان فى بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك، فله ذلك، وإلا فلا شفعة له.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أنه إن أوفى ثمن الأرض بالدين، فإن للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإن سلمها بعضهم، فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة؛ لأنهم فى الحقيقة بائعون، وهو شريك لهم متمسك بحظه، فله الشفعة فيما بيع من سهام سائر الورثة.

وإن قصر ثمن الأرض عن الدين، فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإنهم فى ذلك كسائر الناس، فإن زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض، وإن كان بعضهم زاد، وامتنع بعضهم من ذلك.

فمن زاد منهم مشتر لا وارث، فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبى أو وارث، وإن لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم، فمن أعطى أولاً ذلك الثمن، فهو أحق به، والورثة والأجنبيون فى ذلك سواء.

وقال أشهب فى الموازية والمجموعة، فى المتوفى يحيط الدين بماله: للغرماء أخذ شفعته، وللورثة أخذها، فإن أخذوها بمال الميت، فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم، فما بقى فللورثة، فإن أخذوها بما لهم، فإن كانت تساوى أكثر من الثمن بيعت، وقضى بالفضل دينه، وإن لم تبلغ إلا الثمن أو أقل، لم تبع عليهم.

وقال ابن عبدوس، عن سحنون: لمالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب، وكان

يعجب به سحنون ويراه أصلاً، وقاله المغيرة. قال سحنون: قال مالك: يبدأ بالورثة، فيقال لهم: إن قضيتم الدين، فلكم الشفعة؛ لأن الميراث بعد الدين.

فإن أبوا وبيع ميراث الميت لدين، فلا شفعة لهم؛ لأن الشقص الذى يشفع به قد بيع، ولم يملكوه فى مال، ولا حلوا محل الميت لتبريهم من تركته.

قال المغيرة: وإذا أبى الورثة أن يقضوا الدين، وأحبوا أن يباع المال، فإن كان فيه فضل ورثوه، فلا شفعة لهم ولا للغرماء؛ لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذى ثبتت به الشفعة، وهذه المسألة وإن كان فيها معنى التفسير الذى قدمناه، ففى المسألة كلها نظر؛ لأن الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيعها.

وفى هذه المسألة أخذ الشقص بالشفعة ليباع، وقد قال أشهب فى الموازية والمجموعة: لو قال قائل: ليس لمن أحاط به الدين شفعة؛ لأنه إنما يأخذ ليباع فى دينه ما عقبه.

وقال سحنون: إنما ذلك لأن المفلس محجور عليه، يريد والله أعلم، أنه يباع عليه بالحكم، ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الأصلح له فى أداء دينه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا الباب مبنى على أن حق الشفعة موروث، وبه قال الشافعى، ومنع منه أبو حنيفة.

والدليل على ذلك قول النبى ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا عام.

ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوجب أن ينتقل إلى الورثة كخيار الرد بالعيب.

مسألة: ولو أوصى الميت بالثلث، فباع السلطان ثلث داره، فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع، قاله سحنون فى العتبية.

والأظهر عندى فى هذه المسألة ثبوت الشفعة؛ لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين، فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار، وقد بلغنى ذلك عن ابن المواز، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«فإن خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه، ثم باعوه، ولا شفعة فيه»**، يريد أن بيع الجزء من المبتاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنه لو ميز بالقسمة لضرر الشركة، ولما يخاف من الشفعة، فقد يمتنع الراغب فى الملك من شرائه، إذا عرف

أنه له شفيعًا يأخذ الشفعة؛ لأنه ليس فى التعريض لشرائه إلا ثبوت العهدة عليه للشفيع، والعناء فى النقد والانتقاد، وعقد عهدتين إحداهما له، والأخرى عليه.

وقد يشترى من فقير، فلا يجد على من يرجع بالثمن، إن استحق الشقص يومًا، فيزيد فى ثمن المقسوم المعين؛ لأنه لا يؤخذ منه بشفعة، بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة، والله أعلم.

قال مالك: وَلا شُفْعَةَ عِنْدَنَا فِي عَبْدٍ وَلا وَلِيدَةٍ وَلا بَعِيرٍ وَلا بَقَرَةٍ وَلا شَاةٍ، وَلا فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ، وَلا فِي ثَوْبٍ، وَلا فِي بِئْرٍ لَيْسَ لَهَا بَيَاضٌ، إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا يَصْلُحُ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ، وَتَقَعُ فِيهِ الْحُدُودُ مِنَ الأَرْضِ، فَأَمَّا مَا لا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ، فَلا شُفْعَةَ فِيهِ.

الشرح: معنى ذلك، والله أعلم، أن ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه لما قدمناه من أن غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه، وهذا فى بيعها مفردة.

وأما إذا كانت تبعًا لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط، ففى العتبية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصًا من حائط، وفيه رقيق ودواب، فليأخذه الشفيع مع رقيقه ودوابه إذا لم يكن للحائط منهم بد.

زاد فى كتاب محمد: ولو اقتسم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة، فلا شفعة لأحد فيه.

ووجه ذلك أنهم بعض صفات الحائط؛ لأنه لا يكون على تلك الصفة إلا به، فهم منه على وجه التبع له.

فرع: فإذا قلنا لهم أخذ ذلك بالشفعة، فلو أن المشترى وهبهم أو باعهم، فإن للشفيع أخذ الحائط وما بقى بحصته من الثمن، ولو ماتوا فله أن يأخذ الشقص بجميع الثمن أو يترك.

ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الأصل، فإن أتلف المشترى أعيانهم، لزم تقسيط الثمن، وإن ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقى إلا بجميع الثمن كما لو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها للزمه تقسيط الثمن، وأخذ ما بقى بحصته منه، ولو يبست الأصول أو احترقت، لم يكن له أن يأخذ الباقى إلا بجميع الثمن، والله أعلم.

مسألة: والنخل والنقض إنما تثبت فيه الشفعة إذا كان على حكم التبقية؛ لأنه من الأصول الثابتة، فإذا بيع شىء من ذلك على القلع، فلا شفعة فيه.

قاله ابن القاسم فى الموازية والمجموعة، فيمن ابتاع نخلة على القلع، ثم اشترى الأرض بعد ذلك، فأقرها فاستحق رجل نصف ذلك كله، فإن له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة بنصف الثمن.

قال أصبغ: وإلى هذا رجع ابن القاسم. وقال سحنون وابن القاسم، فيمن اشترى نقض دار على القلع، ثم اشترى العرصة، أو اشترى العرصة، ثم اشترى النقض، واستحق الرجل نصف الدار: أنه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن، ونصف النقض بقيمته قائمًا.

وأنكر هذا سحنون وطرحه، وقال: قد أبطل الشفعة هاهنا فى النقض. وقال أشهب: الشفعة فى الأرض دون النخل والبناء. قال أصبغ: قول ابن القاسم أصوب، وعليه أصحابنا.

فصل: وقوله: «**إنما الشفعة فيما يقسم، وتقع فيه الحدود من الأرض**»، يريد ما يقسم بالحدود، وذلك مما يختص بالأرض. وأما ما لا تصلح فيه القسمة على الوجه المذكور، فلا شفعة فيه.

وهذا على ضربين، أحدهما: ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذى ذكره من الحيوان والعروض الذى تنقل وتحول، ولا خلاف بين الفقهاء اليوم فى منع الشفعة فيه، وإنما روى إثبات الشفعة فيه عن ابن أبى ليلى.

والثانى: أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة، إلا أنه لا ينقسم بالحدود إلا بضرر كالحمام والدار الصغيرة والأندر، والبقعة الصغيرة من الأرض التى إن قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم إلا ما لا ينتفع به.

قال مالك: مَنِ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا شُفْعَةٌ لِنَاسٍ حُضُورٍ، فَلْيَرْفَعْهُمْ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِمَّا أَنْ يَسْتَحِقُّوا، وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ السُّلْطَانُ، فَإِنْ تَرَكَهُمْ، فَلَمْ يَرْفَعْ أَمْرَهُمْ إِلَى السُّلْطَانِ، وَقَدْ عَلِمُوا بِاشْتِرَائِهِ، فَتَرَكُوا ذَلِكَ حَتَّى طَالَ زَمَانُهُ، ثُمَّ جَاءُوا يَطْلُبُونَ شُفْعَتَهُمْ، فَلا أَرَى لهم ذلك[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٣١٢.

الشرح: ومعنى ذلك أن من اشترى أرضًا لها شفيع حاضر، فإنه إن أراد قطع خيار الشفيع رفعه إلى السلطان فوقفه، فإما أن يستحق، ومعناه يأخذ بشفعته، وإما أن يسلم له السلطان، معناه يحكم عليه بإبطال شفعته، إن لم يأخذ بالشفعة أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له.

قال الشيخ أبو بكر: إنما يرفعه إلى الحاكم ليأخذ أو يترك؛ لأن المشترى يحتاج إلى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والإصلاح، فمتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار، وجوز أن يأخذ، وإن يترك أضر ذلك به.

ولا ينقطع خيار الشفيع معجلاً إلا بما ذكره من رفعه إلى السلطان، ويعجل الحكم له أو عليه.

مسألة: فإذا رفعه المشترى إلى السلطان ليقطع خياره، لم يخل أن يكون المالك حاضرًا أو غائبًا، فإن كان حاضرًا، وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه، فليس ذلك له، وليعجل الأخذ أو الترك فى مقامه، أو يسلم الحكم إلى المشترى، هذا الذى ذكره فى كتاب ابن المواز، وهو لأشهب فى المجموعة.

وقال غيره: إذا طلب الشفيع عند الإمام الشفعة كلف الإمام المبتاع إثبات شرائه، فإذا ثبت أحلفه، لقد نقد ما سمى من الثمن، وما أعلن شيئًا غيره، ثم قيل للشفيع: خذ أو سلم، ولا يبرح من المجلس حتى يأخذ أو يسلم.

وقال مالك فى مختصر ابن عبدالحكم: يؤخره السلطان اليوم واليومين والثلاثة لينظر ويستجيز.

ووجه ذلك أنه خيار يضر بالمبتاع، فليس للشفيع استدامته.

مسألة: ولو كان المالك غائبًا، فقال الشفيع: أخرنى أنظر إليه، فإن كانت غيبة المالك بعيدة، فقد قال مالك فى العتبية من رواية أشهب، عن مالك: ليس له ذلك.

قال ابن المواز: شراء المشترى يغنى الشفيع عن النظر؛ لأن المشترى إنما اشترى على صفة أو عيان، ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار، أخر لينظر إليه؛ لأنه ليس فى ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع.

مسألة: فإذا وقف الشفيع، فترك الشفعة، بطلت شفعته، ولم يكن له القيام بها بعد هذا، وإن أخذ بالشفعة، وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الإمام فى ذلك أجلاً يومين أو ثلاثة، وإن لم يضرب له أجلاً، فلا بأس به.

وقال مالك: رأيت القضاة يؤخرونه هكذا. وقد رأيت عن ابن الماجشون أنه يؤخر عشرة أيام ونحوها، وعن أصبغ: يؤخر بقدر قلة المال وكثرته، وبقدر عسره ويسره، وأقصى ذلك شهر، ثم لا أدرى ما وراء ذلك.

مسألة: ولو أخذ الشفيع بالشفعة لما وقف له، ثم بدا له، وأبى المشترى أن يقيله، فقد روى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: إن ذلك لازم له، إلا أن يرضى المبتاع أن يقبله.

ووجه ذلك أن الأخذ بالشفعة عقد لازم كالبيع المجدد.

مسألة: وهذا كله إنما هو إذا أوقفه الحاكم، وأما لو أوقفه غير الحاكم والسلطان، فإنه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك أن التوقيف يفضى إلى الحكم عليه بإبطال شفعته، وذلك لا يكون إلا بعد حكم من له ولاية، فإن أوقفه من لا ولاية له فى الحكم، لم يلزمه حكمه فى هذا كما لا يلزمه فى غير ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو ساوم الشفيع المبتاع فى الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه إياه. قال ابن القاسم فى الموازية: إن ذلك تسليم للشفعة.

وقال أشهب: لا يضره ذلك، وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بمحضره مع غيره لم تبطل بذلك شفعته، واتفقا على أنه لو قاسمه لبطلت بذلك شفعته، والله أعلم وأحكم.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض

ميراث الصلب

مَالِكٌ أنه قال: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا فِى فَرَائِضِ الْمَوَارِيثِ أَنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ مِنْ وَالِدِهِمْ أَوْ وَالِدَتِهِمْ أَنَّهُ إِذَا تُوُفِّىَ الأَبُ أَوِ الأُمُّ وَتَرَكَا وَلَدًا رِجَالا وَنِسَاءً، فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ **﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾** [النساء ١١] فَإِنْ شَرِكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، وَكَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ، بُدِئَ بِفَرِيضَةِ مَنْ شَرِكَهُمْ، وَكَانَ مَا بَقِىَ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن ميراث الولد من الأبوين على ضربين، أحدهما: أن يرثوا بالتعصيب، وهو أن يكون الولد رجالاً ونساء. والثانى: أن يرثوا بالفرض، وهو أن يكن نساء.

فإن ورثوا بالتعصيب، وكانوا رجالاً، فالميراث بينهم بالسواء لتساويهم فى سبب استحقاقهم، وصفتهم فى أنفسهم، وإن كانوا رجالاً ونساء، فللذكر مثل حظ الأنثيين. والأصل فى ذلك قول الله عز وجل: **﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾** [النساء: ١١].

وأما إن ورث البنات بالفرض لانفرادهن، فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك، فإن كانت واحدة، فلها النصف.

والدليل على ذلك قوله تعالى: **﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾** [النساء: ١١].

وإن كن اثنتين، فالذى عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم أن فرض البنتين، فما زاد الثلثان.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٨٩/١٥.

وروى ابن عباس أنه قال: فرضهما النصف، ولم يثبت ذلك عنه.

والدليل على ضعف هذا القول الإجماع على خلافه. ودليلنا من جهة المعنى أن كل نوع من النساء فرض واحدتهن النصف، فإن فرض البنتين منهن الثلثان. أصل ذلك الأخوات.

مسألة: فإن كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبة يستحق باقى المال دفع إليه، وإن لم يكن ذلك دفع باقى التركة إلى بيت مال المسلمين، ولم يرد على البنات، ولا على ذى فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعى.

وقد روى عن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، والمشهور عنه أنه كان يرد ما فضل عن ذوى الفروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام.

وبه قال على بن أبى طالب، وهو قول أبى حنيفة والثورى وأحمد، إلا ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع، لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت، ولا على الأخت للأب مع الأخت للأب والأم، ولا على ولد الأم مع الأم، ولا على الجدة مع ذوى الأرحام، فإن انفرد عن الأربعة رد عليهن، وأجمعوا على أنه لا يرد على زوج ولا زوجة.

والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل: ﴿**فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك**﴾ [النساء: ١١]، وقوله تعالى: ﴿**إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد**﴾ [النساء: ١٧٦].

فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للأخت النصف، وأبو حنيفة يجعل لها الكل. ووجه آخر أن البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت، وأبو حنيفة جعل حكمها واحدًا.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ذو سهم لا تعصيب له، فلم يرد عليه كالزوج والزوجة.

فصل: وقوله: «**فإن شركهم أحد بفريضة مسماة، وكان فيهم ذكر**»، يريد فى الولد «**بدئ بفريضة من شركهم**»، يريد أن البنات إذا كان معهن ابن ذكر، فإنهم يرثون بالتعصيب.

فإذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجين بدئ بفريضة من شركهم؛ لأن الابن قد نقلهن من الفرض إلى حكم التعصيب، فوجب تقديم الفروض.

والأصل فى ذلك ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقى فهو لأولى رجل ذكر».

ولو انفرد البنات لكن من أصحاب الفرائض يبدأن كما يبدأ غيرهن، فإن وسع الفرائض المال وإلا دخل الفريضة العول فى قول جميع الصحابة، إلا ما روى عن ابن عباس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فيتعلق بهذا الفصل مسألتان، إحداهما: فى بيان من يرث من الرجال والنساء. والثانية: فى بيان الفريضة المسماة.

فأما المسألة الأولى، فإن من يرث من الرجال عشرة، وهم الابن وابن الابن، وإن سفل، والأب والجد، وإن علا، ولأخ وابن الأخ، والعم وابن العم، الزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع، وهن البنت، وبنت الابن، وإن سفلت، والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة.

وأما الفرائض المقدرة المذكورة فى كتاب الله عز وجل، فستة النصف، ونصف النصف، وهو الربع، ونصف الربع، وهو الثمن، والثلثان، ونصف الثلثين، وهو الثلث، ونصف الثلث، وهو السدس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالنصف فرض خمسة الابنة، وبنت الابن، إذا لم تكن بنت، والأخت للأب والأم، والأخت للأب، إذا لم تكن أخت لأب، وأم، والزوج، إذا لم يكن ولد، ولا ولد ابن.

مسألة: والربع فرض اثنين، الزوج إذا كان له ولد أو ولد ابن، والزوجة إذا لم يكن للمتوفى ولد، ولا ولد ابن.

مسألة: والثلثان فرض كل اثنين، فصاعدًا ممن فرضه النصف، وهو كل اثنين فصاعدًا من البنات، والأخوات للأب والأم، والأخوات للأب.

مسألة: والثلث فرض الأم إذا لم يكن ولد، ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة أو الأخوات، ويفرض فى الغراوين، وهما زوج وأبوان، أو زوجة وأبون للأم، ثلث ما بقى بعد فرض الزوج أو الزوجة، والثلث فرض كل اثنين فصاعدًا من الإخوة والأخوات للأم.

مسألة: والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد، وفرض الأم مع

الاثنين، فصاعدًا من الإخوة والأخوات، وفرض الجدات، وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين، وفرض الأخوات للأب مع الأخت للأب، والأم تكملة الثلثين، وفرض الأخ أو الأخت للأم، وفرض الجد مع الولد، وله فروض مختلفة تذكر في بابه إن شاء الله.

قال مالك: وَمَنْزِلَةُ وَلَدِ الأَبْنَاءِ الذُّكُورِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ كَمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ كَذُكُورِهِمْ، وأنثاهم كأنثاهم، يَرِثُونَ كَمَا يَرِثُونَ وَيَحْجُبُونَ كَمَا يَحْجُبُونَ.

الشرح: وهذا كما قال أن ولد الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنثاهم النصف، وللأنثيين منهما فما زاد الثلثان، وللذكور فما زاد جميع المال، وذكرهم يعصب أخته، فيكون لهما جميعًا المال، للذكر مثل حظ الأنثيين، فهذا في الميراث.

فأما في الحجب، فهم أيضًا بمنزلة الولد الصلب في الحجب، وذلك أن حجب الولد ولد الولد على ضربين، حجب هو منع من الميراث جملة، وحجب هو رد من فرض إلى فرض.

فأما منع الميراث جملة، فإن الابن يمنع الميراث ولد الابن والإخوة للأب، والأم والأخوات للأب والإخوة للأم، ويمنع الميراث كل عصبة لا فرض له من الأعمال، وبني العم وبني الأخ، وذلك أن كل من ورث بسبب، فإنه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب، ويسقط من كان أضعف حالاً منه في ذلك السبب، وإن كان القرب سواء.

فأما الأول، فإن الأخ يسقط ولد الأخ، وهما يدليان بالأخوة، والأخ أقرب من ابن الأخ، والأب يسقط الجد؛ لأنهما يرثان بالأبوة، والأب أقربهما، وسيأتي ذكر الجد بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ابن ابن يعصبهن، وإذا استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين، سقط الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن، وقد ذكرنا حجب العصبات بعد هذا.

فصل: وأما الحجب عن بعض الفرض، وهو الرد من فرض إلى فرض، فإن الولد وولد الولد يرد الزوج إلى الربع، والزوجة إلى الثمن، والأم إلى السدس، والابن أو ابن

الابن يرد الأب والجد إلى السدس، والبنت ترد بنات الابن من الثلثين إلى السدس، وترد بنت الابن من النصف إلى السدس.

والأخت للأب والأم ترد الأخوات للأب من الثلثين إلى السدس، والأخوات، فما زاد ذكورًا كانوا أو إناثًا، يردان الأم من الثلث إلى السدس، وترد الأخت للأب والأم، الأخت للأب من النصف إلى السدس.

قال مالك: فَإِن اجْتَمَعَ الْوَلَدُ لِلصُّلْبِ وَوَلَدُ الابْنِ فكان فِى ولد الْوَلَدِ لِلصُّلْبِ ذَكَرٌ، فَإِنَّهُ لا مِيرَاثَ مَعَهُ لأحَدٍ مِنْ وَلَدِ الابْنِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِى الْوَلَدِ لِلصُّلْبِ ذَكَرٌ، وَكَانَتَا ابْنَتَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْبَنَاتِ لِلصُّلْبِ، فَإِنَّهُ لا مِيرَاثَ لِبَنَاتِ الابْنِ مَعَهُنَّ إِلا أَنْ يَكُونَ مَعَ بَنَاتِ الابْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ أَوْ هُوَ أَطْرَفُ مِنْهُنَّ، فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ وَمَنْ هُوَ فَوْقَهُ مِنْ بَنَاتِ الأَبْنَاءِ فَضْلا إِنْ فَضَلَ، فَيَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ، فَلا شَيْءَ لَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ لِلصُّلْبِ إِلا ابْنَةً وَاحِدَةً، فَلَهَا النِّصْفُ وَلابْنَةِ ابْنِهِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ بَنَاتِ الأَبْنَاءِ مِمَّنْ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ السُّدُسُ، فَإِنْ كَانَ مَعَ بَنَاتِ الابْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ، فَلا فَرِيضَةَ وَلا سُدُسَ لَهُنَّ، وَلَكِنْ إِنْ فَضَلَ بَعْدَ فَرَائِضِ أَهْلِ الْفَرَائِضِ فَضْلٌ، كَانَ ذَلِكَ الْفَضْلُ لِذَلِكَ الذَّكَرِ، وَلِمَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ، وَمَنْ فَوْقَهُ مِنْ بَنَاتِ الأَبْنَاءِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَلَيْسَ لِمَنْ هُوَ أَطْرَفُ مِنْهُمْ شَيْءٌ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ، فَلا شَيْءَ لَهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِى كِتَابِهِ: **﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِى أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾** [النساء ١١].

قال مالك: الأَطْرَفُ هُوَ الأَبْعَدُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ميراث لابن الابن مع الابن؛ لأنه أقرب سببًا منه إلى الميت، وهما يدليان بالبنوة، ولأن ابن الابن يدلى بالابن، ومن يدلى بعاصب، فإنه لا يرث معه، وإن عدم الابن، وكانت ابنة واحدة، فإن ابنة الابن ترث معها السدس تكملة الثلثين؛ لأنه فرض يرثه البنتان فما زاد، وبنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن.

فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك لبنت الابن، فهي أولى بالسدس من الأخت الشقيقة، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين، إلا ما يروى عن أبى موسى وسليمان بن ربيعة: أن النصف للبنت والنصف الثانى للأخت، ولا حق فى ذلك لبنت الابن.

وقد روى عن أبى موسى ما يقتضى الرجوع عن هذا القول، وذلك ما رواه هذيل ابن شرحبيل: سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود، فسيتابعنى.

فسئل ابن مسعود وأخبره بقول أبى موسى، فقال: لقد ضللت إذًا وما أنا من المهتدين، أقضى فيها بما قضى رسول الله ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقى للأخت، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألونى عن شيء ما دام هذا الحبر فيكم.

والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى أن بنت الابن فى هذه المسألة ترث بالفرض، والأخت ترث بالتعصيب، ولا ميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض فروضهم.

مسألة: وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر، ليس لهن إلا السدس يشتركن فيه على السواء، فإن كان معهن ابن ابن فى درجتهن أو أسفل منهن عصبهن، فكان النصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالغًا ما بلغ.

وقال ابن مسعود: ينظر، فإن كان لبنات الابن فى المقاسمة السدس أو أقل من ذلك، قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت حصة البنات بالمقاسمة أكثر من السدس فرض لهن السدس، ويجعل الباقى لبنى الابن، وكذلك يقول فى الأخت لأب وأم وأخوات وإخوة لأب، وبه قال أبو ثور.

مسألة: فإن كن بنات الصلب أثنتين فصاعدًا، حجبن بنات الابن أن يرثن بالفرض؛ لأنه لا مدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض فى غير الثلثين.

فإن كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلتهن من الميت أو أبعد منهن عصبهن، فورثن معه بالتعصيب ما فضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن لم يفضل شيء، فلا شيء لهن، إلا أن هذا حكم العصبة، هذا قول جمهور الصحابة والتابعين.

وروى عن ابن مسعود أنه لا يعصبهن ذكر فى درجتهن ولا أسفل منهن، وينفرد بالميراث دونهن.

والدليل على ما نقوله أن كل جنس يعصب ذكورهم إناثهم فى جميع المال، فإنه يعصبهن فيما فضل منه كولد الصلب.

مسألة: وإن كان الابن أقرب إلى الميت حجبهن عن الميراث؛ لأنه أقرب منهن، يرث بمثل سببهن من التعصيب كالأخ مع ابن الأخ.

فصل: وقوله: «**وذلك أن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه: ﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾** [النساء: ١١]»، على سبيل الاحتجاج على صحة ما قاله، وبيان موضع ما ذكر من أحكام المواريث فى كتاب الله عز وجل.

* * *

ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها

قال مالك: وَمِيرَاثُ الرَّجُلِ مِن امْرَأَتِهِ إِذَا لَمْ تَتْرُكْ وَلَدًا وَلا وَلَدَ ابْنٍ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ النِّصْفُ، فَإِنْ تَرَكَتْ وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، فَلِزَوْجِهَا الرُّبُعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا إِذَا لَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا وَلا وَلَدَ ابْنٍ الرُّبُعُ، فَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، فَلامْرَأَتِهِ الثُّمُنُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: **﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾** [النساء: ١٢].

الشرح: وهذ كما قال، وذلك أن فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن إلى الربع، وأكمل فروض الزوجة الربع، ويردها الولد وولد الابن إلى الثمن. والأصل فى ذلك الآية المتقدمة.

فإن كانت الزوجة واحدة، فهذا حكمها، وإن كن اثنتين أو ثلاثًا أو أربعًا، فحكمهن فى ذلك حكم الزوجة الواحدة، لهن الربع دون الولد وولد الابن، ولهن الثمن مع الولد وولد الابن، يقتسمن ذلك على السواء.

ولا تنقص الزوجة أو الزوجات من الثمن، إلا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابنتين، فإن أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين، وتعول إلى سبع وعشرين، وتسمى المنبرية.

وذلك أن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسألة، وهو يخطب على المنبر، فقال: عاد ثمنها تسعًا، ومضى فى خطبته.

* * *

ميراث الأب والأم من ولدهما

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ، وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ مِيرَاثَ الأبِ مِنِ ابْنِهِ أَوِ ابْنَتِهِ، أَنَّهُ إِنْ تَرَكَ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا، فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلأبِ السُّدُسُ فَرِيضَةً، فَإِنْ لَمْ يَتْرُكِ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلا وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا، فَإِنَّهُ يُبَدَّأُ بِمَنْ شَرَّكَ الأبَ مِنْ أَهْلِ الْفَرَائِضِ، فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْمَالِ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ لِلأبِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْهُمُ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلأبِ السُّدُسُ فَرِيضَةً(١) .

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته يكون على وجهين، أحدهما: أن ينفرد بالفرض. والثانى: أن يجمع الفرض والتعصيب. وقد قال أبو إسحاق الإسفراينى، وبعض أصحاب الشافعى: إنه ينفرد بالتعصيب.

فأما موضع انفراده بالفرض، فتارة يكون مع من هو أقوى تعصيبًا منه كالابن وابن الابن، فإن هذا يحجب بعصبته، ويرد إلى مجرد فرضه، وهو السدس، والثانى أن يعطى فرضه، وهو السدس، ثم يستغرق أهل الفروض بقية المال، فلا يبقى منه ما يورث بتعصيب، فإنه لا يرث إلا ما وجب له بالفرض أولاً وهو السدس.

وذلك أن يرث المتوفى ابنتان فأكثر وأبوان، فيكون للابنتين الثلثان، وللأبوين لكل واحد منهما السدس، فلا يبقى من المال بعد ذلك شىء.

وأما موضع يجمع فيه الميراث بالفرض والتعصيب، فهو أن ينفرد بالميراث، فيرث سدسه بالفرض، وباقيه بالتعصيب أو يبقى منه بعد ميراثه بالفرض، وميراث ذوى

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥/٤٠٤.

الفروض بقية، فإنه يرثها بالتعصيب، مثل أن يرث المتوفى أب وزوجة، فإن للزوجة الربع، وللأب السدس بالفرض، ويبقى نصف، ونصف السدس، فيكون له بالتعصيب.

وَمِيرَاثُ الأمِّ مِنْ وَلَدِهَا إِذَا تُوُفِّيَ ابْنُهَا أَوِ ابْنَتُهَا، فَتَرَكَ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى أَوْ تَرَكَ مِنَ الإِخْوَةِ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا، مِنْ أَبٍ وَأُمٍّ أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ مِنْ أُمٍّ، فَالسُّدُسُ لَهَا، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكِ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلا وَلَدَ ابْنٍ وَلا اثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ فَصَاعِدًا، فَإِنَّ لِلأمِّ الثُّلُثَ كَامِلا إلا فِي فَرِيضَتَيْنِ فَقَطْ وَإِحْدَى الْفَرِيضَتَيْنِ أَنْ يُتَوَفَّى رَجُلٌ وَيَتْرُكَ امْرَأَتَهُ وَأَبَوَيْهِ، فَلامْرَأَتِهِ الرُّبُعُ، وَلأمِّهِ الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ، وَهُوَ الرُّبُعُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَالأخْرَى أَنْ تُتَوَفَّى امْرَأَةٌ، وَتَتْرُكَ زَوْجَهَا وَأَبَوَيْهَا، فَيَكُونُ لِزَوْجِهَا النِّصْفُ، وَلأمِّهَا الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ، وَهُوَ السُّدُسُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: **﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾** [النساء: ١١] فَمَضَتِ السُّنَّةُ أَنَّ الإِخْوَةَ اثْنَانِ فَصَاعِدًا.

الشرح: وهذا كما قال أن ميراث الأم من ابنها يتنوع بنوعين على مذهب مالك وجمهور الفقهاء، أحدهما: بالفرض، وهو على ضربين، الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الإخوة فصاعدًا فأما مع وجود أحد ممن ذكرنا، ففرضها السدس.

وروى عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا الثلاثة من الإخوة فصاعدًا.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور قوله تعالى: **﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾** [النساء: ١١]، ولفظ الإخوة واقع على الاثنين فزائدًا على قولنا أن أقل الجمع اثنان.

مسألة: وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكرًا أو أنثى، أو كان الأخوان لأب وأم، أو لأب أو لأم، أو مفترقين أحدهما للأب والآخر للأم، فإن كل ذلك يرد الأم من الثلث إلى السدس.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: **﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾** [النساء: ١١].

مسألة: ولو أن مجوسيًا تزوج ابنته، فولد له منها ولدان، فأسلمت الأم والولدان، ثم

مات أحد الولدين، ففى العتبية: للأم السدس؛ لأن الميت ترك أمه، وهى أخته، وترك أخاه، فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث إلى السدس، فكأنه ترك أمًا وأخًا وأختًا، فحجب الأم عن الثلث.

فصل: وقوله: «**إلا فى فريضتين فقط**»، يريد أن حكم الأم فى الفرض السدس أو الثلث على ما تقدم من ذكرنا، لا يرث بغير هذين الفرضين، ولا ينقص من واحدة منهما بغير عول، إلا فى مسألتين، وهما زوج وأبوان وزوجة وأبوان، وهما الغراوان.

فإن مالكًا وجماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للأم فى المسألتين ثلث ما بقى، وانفرد ابن عباس بأن جعل للأم ثلث جميع المال، وهذه من المسائل الخمس التى صح انفراد ابن عباس بها. والثالثة منع العول. والرابعة أن الأم لا تحجب من الثلث إلى السدس من الإخوة إلا بثلاثة. والخامسة أنه لا يجعل الأخوات عصبة مع البنات.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث**﴾ وهذا عام.

ومن جهة المعنى أن هذين أبوان دخل بينهما ذو سهم، فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد السهم. أصله إذا كان مع الأبوين بنت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الغراوين تكون على ثلاثة أوجه، أحدها: رجل توفى وترك زوجة وأبوين، فإن الفريضة من أربعة للزوج الربع، وللأم الربع ثلث ما بقى، وللأب النصف.

والوجه الثانى: رجل توفى وترك زوجة وأبوين وأخًا، فإن الفريضة من أربعة على ما تقدم.

والوجه الثالث: امرأة توفيت وتركت زوجًا وأبوين، فإن الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث ما بقى بسهم، وهو السدس، وللأب الثلث سهمان، وهو ثلث ما بقى، وسواء فى هذه المسألة كان مع الأبوين أخ أو أخوان أو أكثر، أو لم يكن أخ.

وفى المسألة الأولى إذا كان مع الأبوين أخوان فأكثر، ولم يكن أخ، فإن الفريضة تكون من ستة، للأم السدس، ولا يكون لها ثلث ما بقى؛ لأن الأخوين قد حجباها من الثلث إلى السدس، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولا يجرى الجد في ذلك مجرى الأب، فلو توفى رجل، وترك أمًا وجدًا وزوجة، لكانت الفريضة أيضًا من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة، وللأم الثلث أربعة وما بقى للجد.

ولو ترك أبا وجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثنى عشر، للزوجة الربع ثلاثة، وللجدة السدس سهمان والباقى للأب، ولو توفيت امرأة وتركت زوجًا وأمًا وجدًا، لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأم والثلث سهمان، وللجد سهم.

ولو توفيت امرأة وتركت زوجًا وأبًا وجدة، لكانت الفريضة من اثنى عشر، للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللجدة السدس، وللأب ما بقى، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«فقضت السنة أن الإخوة اثنان فصاعدًا»**، يريد أن الإخوة فى قول الله عز وجل: ﴿**فإن كان له إخوة فلأمه السدس**﴾ [النساء: ١١]، يتناول لفظ الإخوة، الأخوين فصاعدًا، فأما على ما ذكر القاضى أبو بكر من مذهب مالك أن أقل الجمع اثنان، فإن لفظ الإخوة يتناول الاثنين فما زاد لغة وشرعًا.

فإذا قلنا إن أقل الجمع ثلاثة، فإن هذا الحكم يثبت فى الاثنين بالقياس إذ كل حكم يتغير بالإخوة، فإنه يتغير بالاثنين منهم كتغير فرض الإخوة للأم من الثلث إلى السدس.

وقد روى عن ابن عباس أنه قال لعثمان: أليس الأخوان بإخوة فى لسان قومك، فقال عثمان: لا أستطيع أن أغير أمرًا قد مضى، وهذا يقتضى أنه فى بعض اللغات دون بعض، إلا أن من مضى أخذ فى ذلك باللغة التى يتناول فيها لفظ الإخوة للأخوين، والله أعلم وأحكم.

* * *

ميراث الإخوة للأم

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الإِخْوَةَ لِلأُمِّ لا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ وَلا مَعَ وَلَدِ الأَبْنَاءِ، ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا، شَيْئًا وَلا يَرِثُونَ مَعَ الأَبِ وَلا مَعَ الْجَدِّ أب الأبِ شَيْئًا، وَأَنَّهُمْ يَرِثُونَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، يُفْرَضُ لِلْوَاحِدِ مِنْهُمُ السُّدُسُ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، فَإِنْ كَانَا اثْنَيْنِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ، فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، فَهُمْ

شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ، يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثى، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: **﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾** [النساء: ١٢] فَكَانَ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِي هَذَا بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ[(١)] .

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم وإناثهم، وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد، ويرثون مع غيرهم من الأم والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب؛ لأنهم يستفيدون ذلك من الأم، وليست من أهل التعصيب، وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك إلا بالعول وفرض الاثنين فما زاد الثلث، ذكورهم وإناثهم في ذلك كله سواء.

والأصل في ذلك قول الله عز وجل: **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة﴾**، ومعناه عندنا أن يورث بغير أبوين ولا مولودين، ثم قال عز من قائل: **﴿وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس﴾**، فساوى في ذلك بين الأخ والأخت، ثم قال تبارك اسمه: **﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾**.

فوجب أن يرجع الضمير إلى الذكور والإناث، وذلك يقتضي تساويهم في الثلث؛ لأن ذلك لفظ ظاهر الاشتراك في الثلث، وأيضًا فإنه لما استوى ذكرهم وأنثاهم عند الانفراد بالسواء، استوى عند الاشتراك في الثلث، والله أعلم.

فرع: وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن يحيى بن محمد الفرضي في صبي يموت، وله أم متزوجة، فإنه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين أن بها حملاً لمكان الميراث؛ لأنها إن كانت حاملاً ورث ذلك الحمل أخاه لأمه الميت.

وقال أشهب: لا يعزل عنها، وله وطؤها، فإن وضعت بعد موته لأقل من ستة أشهر ورث أخاه، وإن وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه؛ لأنه عزل عنها، فلا يؤمن أن يطرقها، ويتسور عليها، وهذا إذا لم يكن حملها ظاهرًا يوم مات الميت.

ولو كان حملها ظاهرًا لورث أخاه، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك، وكذلك إن كان زوجها غائبًا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها، فإنه يرث أخاه، وإن ولد لأكثر من تسعة أشهر، والله أعلم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥/٤١٣.

ميراث الإخوة للأم والأب

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الإِخْوَةَ لِلأَبِ وَالأُمِّ لا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ شَيْئًا، وَلا مَعَ وَلَدِ الابْنِ الذَّكَرِ شَيْئًا، وَلا مَعَ الأَبِ دِنْيَا شَيْئًا، وَهُمْ يَرِثُونَ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الأَبْنَاءِ مَا لَمْ يَتْرُكِ الْمُتَوَفَّى جَدًّا أَبَا أَبٍ مَا فَضَلَ مِنَ الْمَالِ، يَكُونُونَ فِيهِ عَصَبَةً يُبْدَأُ بِمَنْ كَانَ لَهُ أَصْلُ فَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ لِلإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلا شَيْءَ لَهُمْ[١] .

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأب والأم لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الأب شيئًا، وذلك أنهم يرثون بالتعصيب ويدلون بالأب، فلا يرثون معه بالتعصيب، وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة، بدليل أن تعصيب الابن يبطل ميراث الأب بالتعصيب.

فإذا كان الأخ لا يرث مع الأب، فبأن لا يرث مع الابن الذى هو أقوى تعصيبًا منه أولى، وإناث الأخوات، وإن كن يرثن بالفرض، إلا أنهن لا يدلين إلا بما يدلى به ذكورهم، فإذا كان ذكورهم يحجبون بالأب والابن وابن الابن، فبأن يحجب به إناثهم أولى وأحرى.

فصل: وقوله: **«وهم يرثون مع البنات وبنات الابن، ما لم يترك المتوفى أبا أب، ما فضل من المال، يكونون عصبة»**، يريد إذا لم يكن فى الورثة أحد ممن ذكرنا أنه يحجبهم، ولم يكن فيهم جد يقاسمهم، كانوا عصبة يرثون ما فضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن، وهو نصف المال أو ما فضل عن الاثنين فزائدًا أو على بنتى ابن أو عن بنت وبنت ابن وهو الثلث.

وإن كان الإخوة ذكرانًا، فهذا الفضل بينهم على السواء، وإن كانوا ذكرانًا وإناثًا، فهو بينهم للرجل مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: **﴿فإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾** [النساء: ١٧٦]، ولأنهم رجال ونساء فى قعدد يرثون بالتعصيب، فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنين.

مسألة: فإن كن إناثًا وكانت ابنة أو ابنتان، فإن الأخوات عصبة لمن يرثن معهن ما

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤١٥/١٥.

فضل عن سهام ذوى الفروض، هذا قول الجمهور. وقال ابن عباس: لا يعصب الأخوات البنات.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث ابن مسعود المتقدم: أن النبى ﷺ قضى للابنة بالنصف ولابنة الابن بالسدس تكملة الثلثين، وما بقى فللأخت.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ميراث، فلم ينفرد به ابن عم دون الأخت. أصل ذلك إذا انفرد.

وَإِنْ لَمْ يَتْرُكِ الْمُتَوَفَّى أَبًا وَلا جَدًّا أَبَا أَبٍ وَلا وَلَدًا وَلا وَلَدَ ابْنٍ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلأُخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ النِّصْفُ، فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنَ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، فُرِضَ لَهُمَا الثُّلُثَانِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ ذَكَرٌ، فَلا فَرِيضَةَ لأَحَدٍ مِنَ الأَخَوَاتِ، وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَيُبْدَأُ بِمَنْ شَرِكَهُمْ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ، فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ كَانَ بَيْنَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ إلا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا شَيْءٌ فَاشْتَرَكُوا فِيهَا مَعَ بَنِي الأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ، وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لأُمِّهَا وَإِخْوَتَهَا لأُمِّهَا وَأَبِيهَا، فَكَانَ لِزَوْجِهَا النِّصْفُ، وَلأُمِّهَا السُّدُسُ، وَلإِخْوَتِهَا لأُمِّهَا الثُّلُثُ، فَلَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ، فَيَشْتَرِكُ بَنُو الأَبِ وَالأُمِّ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ مَعَ بَنِي الأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ، فَيَكُونُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَى مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إِخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لأُمِّهِ، وَإِنَّمَا وَرِثُوا بِالأُمِّ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿**وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ**﴾ [النساء: ١٢] فَلِذَلِكَ شُرِّكُوا فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ؛ لأَنَّهُمْ كُلَّهُمْ إِخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لأُمِّهِ(١) .

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا كان مع الأخوات أخ، فإنهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض، ولا يرثن بالفرض؛ لأن حكم التعصيب قد غلب عليهن، فصار ذلك حكمهن.

ولا خلاف فى ذلك إلا فى المسألة التى ذكرها، وهى المسألة التى تسمى المشركة

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٢٢/١٥.

لتشريك الإخوة للأب والأم مع الإخوة للأم فى الثلث، وتسمى الحمارية؛ لأن الإخوة للأب والأم، قالوا: هب أن أبانا كان حمارًا، على وجه الإخبار عن تساوى الإخوة للأب والأم والإخوة للأم فى الأولى بالأم، وهذا مذهب مالك والشافعى.

وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للإخوة للأم دون الإخوة للأب والأم، حين لم تبق لهم الفرائض شيئًا، واختلف فى ذلك عمر وزيد بن ثابت وابن عباس.

وقال عمر، حين قضى فى العام الأول، فلم يشرك، وقضى فى العام الثانى، فشرك: تلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا.

وقال وكيع: اختلف فيها عن جميع الصحابة إلا عن على، فإنه لم يختلف عنه أنه لم يشرك بينهما، واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى: ﴿**وإن كان رجل يورث كلالة**﴾ الآية.

قال مالك: فلذلك شوركوا فى هذه الفريضة؛ لأنهم كلهم إخوة للمتوفى لأمه، وهو سبب ميراث جميع الإخوة لا يخرج الإخوة للأب والأم مناسبتهم المتوفى بالأب عن أن يكونوا إخوته لأمه، فتحمل الآية على عمومها فى كل أخ لأم، سواء كان أخًا لأب أو لم يكن، والأب لا يزيد ما بينهما ضعفًا، بل يزيده قوة وتأكيدًا.

ومن جهة القياس أن هذه فريضة فيها إخوة لأم وإخوة لأب وأم، لو انفرد أحدهما لورث، فإذا ورث الأخ من الأب، وجب أن يترك الأخ من الأب والأم.

أصل ذلك إذا لم يكن فى الفريضة أم، وعندى أن نفى التشريك أقيس وأظهر، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الشركة لا تصح إلا بأربعة شروط، أن يكون فيها زوج، وابنان من ولد الأم، وأخ لأب وأم، وتكون معهم أم أو جدة، فإن خرم شرط من هذه الأربعة لم تكن مشتركة، والله أعلم.

* * *

ميراث الإخوة للأب

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مِيرَاثَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ أَحَدٌ مِنْ بَنِى الأَبِ وَالأُمِّ كَمَنْزِلَةِ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ سَوَاءٌ، ذَكَرُهُمْ كَذَكَرِهِمْ،

وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ، إلا أَنَّهُمْ لا يُشَرَّكُونَ مَعَ بَنِى الأمِّ فِى الْفَرِيضَةِ الَّتِى شَـرَّكَهُمْ فِيهَـا بَنُو الأبِ وَالأمِّ؛ لأَنَّهُمْ خَرَجُوا مِنْ وِلادَةِ الأمِّ الَّتِى جَمَعَتْ أُولَئِكَ[١] .

الشرح: كما قال أن الإخوة للأب عند عدم الإخوة للأب والأم بمنزلتهم فى الميراث والحجب، يحيط ذكرهم بجميع المال، ويكـون لـه مـا فضـل بعـد الفـرض، وأنثـاهم لهـا النصف، وللأنثتين فمـا زاد الثلثـان، إلا أنهـم لا يكـون حكمهـم فـى المسـألة المشـتركة حكم الإخوة للأب والأم؛ لأنهم لا يشركون الإخوة للأم؛ لأنهم لا يدلون بمثل سببهم.

قال مالك: فَإِنِ اجْتَمَعَ الإخْوَةُ لِلأبِ وَالأمِّ وَالإخْوَةُ لِلأبِ، فَكَانَ فِى بَنِـى الأبِ وَالأمِّ ذَكَرٌ، فَلا مِيرَاثَ لأحَدٍ مِنْ بَنِى الأبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَنُـو الأبِ وَالأمِّ إلا امْـرَأَةً وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الإنَاثِ لا ذَكَرَ مَعَهُـنَّ، فَإِنَّهُ يُفْـرَضُ لِلأخْـتِ الْوَاحِـدَةِ لِلأبِ وَالأمِّ النِّصْفُ، وَيُفْرَضُ لِلأخَوَاتِ لِلأبِ السُّدُسُ تَتِمَّةَ الثُّلُثَيْـنِ، فَـإِنْ كَـانَ مَـعَ الأخَوَاتِ لِلأبِ ذَكَرٌ، فَلا فَرِيضَـةَ لَهُـنَّ، وَيُبْـدَأُ بِـأَهْلِ الْفَرَائِـضِ الْمُسَـمَّاةِ، فَيُعْطَـوْنَ فَرَائِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْـلٌ، كَـانَ بَيْـنَ الإخْـوَةِ لِـلأبِ لِلذَّكَـرِ مِثْـلُ حَـظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَىْءٌ فَلا شَىْءَ لَهُمْ، فَإِنْ كَانَ الإخْـوَةُ لِـلأبِ وَالأمِّ امْرَأَتَيْـنِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الإنَاثِ فُرِضَ لَهُنَّ الثُّلُثَانِ، وَلا مِيرَاثَ مَعَهُنَّ لِلأخَـوَاتِ لِـلأبِ إلا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لأبٍ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ أَخٌ لأبٍ بُدِئَ بِمَنْ شَـرَّكَهُمْ بِفَرِيضَـةٍ مُسَمَّاةٍ، فَأُعْطُوا فَرَائِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الإخْوَةِ لِلأبِ لِلذَّكَـرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَىْءٌ، فَلا شَىْءَ لَهُمْ[١].

الشرح: وهـذا كمـا قـال أن الأخ لـلأب والأم يحجـب الإخـوة لـلأب جملـة، وأمـا الأخت للأم والأب، فإنها تحجبهم عن النصف، فإن كان معها أخت أو أخوات لأب، كان لهم السدس تكملة الثلثين؛ لأنه فرض الأخوات للأب والأم والأخوات للأب.

فإذا حجبتهم الأخت لـلأب والأم عـن النصـف بقـى لهـن السـدس تكملـة الثلثـين، والواحدة والجماعة فيها سواء.

فإذا كان الأخوات للأب والأم اثنين فزائـدًا، فحجـبن مـيراث الأخـوات لـلأب مـن

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٢٦/١٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٢٦/١٥.

الفرض جملة؛ لأنهن قد استكملن الثلثين الذى فرضهن إذا انفردن، فلم يبق من فرضهن ما يرثن.

فإن كان مع الأخت للأب والأم أو الأخوات أخ لأب، ورث الباقى بالتعصيب، واحدًا كان أو جماعة، فإن كان معه أخت عصبها، فورثت معه الباقى عن فرض الأخت أو الأخوات بالتعصيب، وليس فى الرجال من يعصب أخته غير الأخ للأب والأم والأخ للأب والابن وابن الابن، وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن.

قال مالك: وَلِبَنِى الأُمِّ مَعَ بَنِى الأَبِ وَالأُمِّ وَمَعَ بَنِى الأَبِ لِلْوَاحِدِ السُّدُسُ وَلِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَى، هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ سَوَاءٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأم يرثون مع الإخوة للأب والإخوة للأب؛ لأنهم من أهل الفروض، فوجب تقديمهم فى الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم، وإنما يدلون بمثل قربهم.

ولا يلزم على هذا الجد مع الأب؛ لأن الجد يدلى به، ولا يلزم عليه الأخت مع الأب؛ لأنها تدلى به، ولا يلزم عليه الأخ للأب مع الأب؛ لأنه لا يدلى بمثل قرابته؛ لأن الأب يدلى بالأبوة والأخ يدلى بالإخوة، ولا يلزم عليه الأخت للأب مع الأخ للأب؛ لأن الأخ يعصبها، ثم يكون أولى منها لقرابته بالأم، وأما الأخ للأم، فإنه لا يرث إلا بالفرض.

* * *

ميراث الجد

١٤٤٨ – يَحْيَى عَنْ مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِى سُفْيَانَ كَتَبَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنِ الْجَدِّ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: إِنَّكَ كَتَبْتَ إِلَيَّ تَسْأَلُنِى عَنِ الْجَدِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَكُنْ يَقْضِى فِيهِ إِلا الأُمَرَاءُ، يَعْنِى الْخُلَفَاءَ، وَقَدْ حَضَرْتُ الْخَلِيفَتَيْنِ قَبْلَكَ يُعْطِيَانِهِ النِّصْفَ مَعَ الأَخِ الْوَاحِدِ وَالثُّلُثَ مَعَ الاثْنَيْنِ، فَإِنْ كَثُرَتِ الإِخْوَةُ، لَمْ يُنَقِّصُوهُ مِنَ الثُّلُثِ.

الشرح: قوله: **«أن معاوية كتب إلى زيد يسأله عن الجد»**، كلام محتمل؛ لأن فى

١٤٤٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٦.

الجد مسائل كثيرة فى المواريث وغيرها، إلا أنه استجاز حذف السؤال لما فى الجواب من الدلالة عليه.

وقول زيد: «**إنك كتبت إلىّ تسألنى عن الجد، والله أعلم**»، رد العلم إلى الله تبارك وتعالى، واعتراف بأن طريق إثبات حكمه الاجتهاد، وغلبة الظن دون القطع، وذلك أنه لم يسمع من النبى ﷺ نصًا يقع له به علم، ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر.

وقوله: «**وذلك ما لم يقض فيه إلا الأمراء**»، يعنى بخبر صحيح من خبر الآحاد يتضمن حكمه، وأنه لم يتقدمهم فيه حكم عن النبى ﷺ يكون حكمهم فيه اتباعًا له، ثم أخبره بما عنده فى ذلك العلم الذى يرجع إلى مثله من قضاء أبى بكر وعمر، رضى الله عنهما، وذلك بعد المشاورة فيه والمراجعة، واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتغليبه على حكم من خالفه.

على أن الصحابة قد اختلفت فى ذلك اختلافًا عظيمًا، فروى عن أبى بكر وعمر وجماعة من الصحابة أنهم أقاموه مقام الأب وحجبوا به الإخوة، وبه قال أبو حنيفة.

وروى عن عمر الرجوع فى ذلك، قال الشعبى: أول جد ورث فى الإسلام عمر بن الخطاب، مات ابن لعاصم بن عمر، وترك أخوين، فأراد عمر أن يستأثر بماله، فاستشار عليًا وزيدًا فى ذلك، فمثلا له مثلاً، فقال: لولا أن رأيكما اجتمع ما رأيت أن يكون ابنى، ولا أكون أباه.

وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالإخوة إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث، فيفرضانه له، فإن كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الأوفر من المقاسمة، أو ثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال، وبه قال الأوزاعى ومالك والشافعى والثورى.

والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى: ﴿**للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدن والأقربون**﴾ [النساء: ٧]، ولم يفرق بين أن يكون فيهم جدًا، ولا يكون فيهم جد.

فإن قيل إنما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى: ﴿**مما قل منه أو كثر نصيبًا مفروضًا**﴾ [النساء: ٧]، فالجواب أنه ليس معنى قوله: ﴿**مفروضًا**﴾ مقدرًا، وإنما معناه واجب ثابت والإخوة مع الجد لهم سهم ثابت.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ذكر يعصب أخته، فلم يحجبه الجد عن جميع الميراث كالابن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجد يسقط بنى الإخوة من الميراث، هذا قول الجمهور، إلا ما روى عن الشعبى، عن على، رضى الله عنه، أنه أجرى بنى الإخوة مع الجد فى المقاسمة مجرى الإخوة، ولا نعلم أحدًا من الصحابة قال به غيره.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا ذكر لا يعصب أخته، فلم يقاسم الجد كالعم وابن العم.

١٤٤٩ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَرَضَ لِلْجَدِّ الَّذِى يَفْرِضُ النَّاسُ لَهُ الْيَوْمَ.

الشرح: يحتاج فى معرفته إلى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة بن ذؤيب.

ومعنى ذلك، والله أعلم، ما تقدم من قول زيد فيه؛ لأن قبيصة مدنى، وقال ذلك بالمدينة، وبقول زيد كان حكم أهل المدينة فى ذلك، والله أعلم، وسيأتى بعد هذا إن شاء الله عز وجل ذكر الجد وميراثه، وذكر اختلاف الناس فيه.

١٤٥٠ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: فَرَضَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانُ ابْنُ عَفَّانَ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ لِلْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ الثُّلُثَ.

الشرح: قوله: **«أنهم فرضوا للجد مع الإخوة الثلث»**، يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد أنهم قدروا له تقديرًا لا ينقص منه، وإن جاز أن يزاد عليه، فيكون يرث بالفرض مع الإخوة الثلث، وإن حصل أكثر من ذلك، فبالتعصيب مع الفرض، أو بالانتقال من الفرض إلى التعصيب.

والوجه الثانى: أن يريد بذلك أنهم أوجبوا له الثلث، وذلك أن الجد يقاسم الإخوة للأب والأم أو للأب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث، فإن نقصته أوجبوا له الثلث.

١٤٤٩ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٦/١٠، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٧.

١٤٥٠ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٦/١٠، المحلى ٢٨٤/٩، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٨.

فإذا كان مع الأخوين، فالفرض والمقاسمة سواء، وإذا كان مع ثلاثة من الإخوة، فالفرض أفضل له من المقاسمة، فيعطى الثلث، وإن كان مع أخ واحد، فالمقاسمة أفضل؛ لأن النصف يحصل له، فيعطى النصف، هذا مذهب زيد فيه، قاله مالك والأوزاعى والشافعى.

وروى عن ابن مسعود مثل ذلك، وروى عنه أنه قاسم الإخوة بالجد إلى سبعة وإلى ثمانية. وروى عن عمران بن حصين وأبى موسى أنهما قاسما إلى اثنى عشر.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه أن الإخوة للأم يستحقون مع الإخوة للأب والأم، ومع الإخوة للأب الثلث، والجد يحجب الإخوة للأم عن ذلك الثلث، فكان أولى به من الإخوة للأب والأم، والإخوة للأب، وهو يشاركهم فيما زاد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجد يرث الثلث مع الإخوة بالفرض، وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب، فلذلك لا ينقص من الثلث، وثبت له بذلك حالة من حالات الأب، يرث بالفرض السدس، وسائر المال بالتعصيب.

فإن قيل كيف يكون فرضه الثلث، وهو إنما يستفيد ذلك من الأب، والأب فرضه السدس. فالجواب أن الأب فرضه السدس مع الابن وابن الابن ومع ذى الفروض، وهذه حال الجد.

وأما الإخوة، فإن الأب يسقطهم جملة، فلا يرثون معه، ويفرض للجد معهم الثلث، فكانت حاله أضعف من حال الأب الذى يسقطهم رأسًا، ولا يمتنع أن يكون له فرضين يرث بهما الثلث مع الإخوة، والسدس مع ذوى الفروض كالأم.

قال مالك: وَالأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الأَبِ لا يَرِثُ مَعَ الأَبِ دِنْيَا شَيْئًا، وَهُوَ يُفْرَضُ لَهُ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ وَمَعَ ابْنِ الابْنِ الذَّكَرِ السُّدُسُ فَرِيضَةً، وَهُوَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مَا لَمْ يَتْرُكِ الْمُتَوَفَّى أَخًا أَوْ أُخْتًا لأَبِيهِ يُبَدَّأُ بالجدان شَرَّكَهُ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْمَالِ السُّدُسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ له، وإِنْ لَمْ يَفْضُلْ مِنَ الْمَالَ السُّدسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلْجَدِّ السُّدُسُ فَرِيضَةً(١).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٣٢/١٥.

الشرح: وهذا كما قال أن الجد يحجبه الأب، ويرده الابن وابن الابن إلى أقل فرضه، وهو السدس، وكذلك مع ذوى الفروض المستغرقة للمال، أو المستغرقة لخمسة أسداسه، فإن فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس، فهو له بالتعصيب، وإن لم يكن له إخوة يقاسمونه، فعلى ما ذكرناه بعد هذا.

قال مالك: وَالْجَدُّ وَالإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ إِذَا شَرَّكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ يُبَدَّأُ بِمَنْ شَرَّكَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْفَرَائِضِ، فَيُعْطَوْنَ فَرَائِضَهُمْ، فَمَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْجَدِّ وَالإِخْوَةِ مِنْ شَيْءٍ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ أَيُّ ذَلِكَ أَفْضَلُ لِحَظِّ الْجَدِّ أُعْطِيَهُ الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ لَهُ وَلِلإِخْوَةِ أَوْ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ مِنَ الإِخْوَةِ فِيمَا يَحْصُلُ لَهُ وَلَهُمْ يُقَاسِمُهُمْ بِمِثْلِ حِصَّةِ أَحَدِهِمْ أَوِ السُّدُسُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ، أَيُّ ذَلِكَ كَانَ أَفْضَلَ لِحَظِّ الْجَدِّ، أُعْطِيَهُ الْجَدُّ، وَكَانَ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ إِلا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ تَكُونُ قِسْمَتُهُمْ فِيهَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَأُخْتَهَا لأُمِّهَا وَأَبِيهَا وَجَدَّهَا، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ، وَلِلأُخْتِ لِلأَبِ والأُم النِّصْفُ، ثُمَّ يُجْمَعُ سُدُسُ الْجَدِّ وَنِصْفُ الأُخْتِ، فَيُقْسَمُ أَثْلاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، فَيَكُونُ لِلْجَدِّ ثُلُثَاهُ، وَلِلأُخْتِ ثُلُثُهُ[1].

الشرح: وقوله: «**في الإخوة والجد إذا شاركهم أحد من أهل الفروض، أنه يبدأ بأهل الفروض**»، إنما يريد فيما يقاسم فيه الجد الإخوة بالتعصيب.

وأما فى فرضه الذى هو السدس، فإنه يبدأ به أيضًا، وإن لم يبق شىء، فإنه للجد لا ينقص من السدس، ولا يقدم عليه فى ذلك السدس أحد من أهل الفروض، وهم البنت، وما زاد على ذلك من البنات، والزوج والزوجة والأم والجدة.

فإن بقى شىء بعد ذلك، نظرنا للجد أفضل ثلاثة أحوال، أحدها: السدس من جميع التركة، الذى هو فرضه أهل الفروض، وهو أقل فرضه.

والثانى: ثلث ما بقى له وللإخوة؛ لأن ذلك فرضه مع الإخوة، فإذا أضيف سدسه إلى ما فضل عن سهام ذوى الفروض، وكان ثلث ذلك أكثر من سدس جميع التركة

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم١٥/٤٣٣.

أعطيه؛ لأن نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيهما أحد غير الإخوة، فصار ذلك بمنزلة تركة انفرد مهم فيها، فكان له ثلثها.

والثالث: مقاسمة الإخوة، فإن كان ما أعطيه بالمقاسمة زائدًا على الفرضين المتقدمين أخذه بالتعصيب، وإن لم يفضل شيء رجع إلى الفرض، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: **«وما كان بعد ذلك للإخوة للأب والأم، للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا فى فريضة واحدة»**، وذكرها إلى آخر الفصل، يريد أن المقاسمة إذا كانت أضر على الجد أعطى الثلث أو السدس، فإن ما فضل بعد ذلك يكون بين الإخوة والأخوات، للذكر مثل حظ الأنثيين.

والمسألة التى استثناها هى امرأة توفيت وتركت أمًا وزوجًا وجدًا وأختًا لأب وأم، فإن المشهور عن زيد أنه قال: أصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، يفرض للأخت النصف بثلاثة، وللزوج النصف بثلاثة، وللأم الثلث بسهمين، وللجد السدس بسهم، وبهذا قال مالك.

وروى عن الشعبى أنه قال: سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد فى ذلك، فقال: والله ما فعل زيد ذلك، وهو من أعلمهم بقضاء زيد، يعنى أن أصحاب زيد قاسوا على قوله.

وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضى: إن لم تصح هذه الرواية عن زيد، فقياس قوله أن يكون للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وتسقط الأخت كما سقط الأخ، ولو كان بدل الأخت؛ لأن الأخ والأخت سبيلهما واحد فى قول زيد؛ لأنهما عنده مع الجد عصبة.

ووجه المشهور عن زيد أن حال الجد مع الإخوة يتنوع على حالين، أحدهما: يرث بالفرض. والثانى: بالتعصيب، فيجب أن يكون ذلك حال الأخوات معه، فيكون تارة يعصبهن، وتارة لا يعصبهن.

ويجب أن يكون موضع لا يعصبهن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن، فلا يتعدى تعصيبه إليهن، وإذا كن أختين، وبقى من الميراث ما يكون لهن، ووقعت المقاسمة بينهن وبين الجد، تعدى تعصيبه إليهن، فلم تعل فريضتهن، وهذه المسألة يسميها أصحابنا الغراء، وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء.

وقال أبو غالب خباب بن عبادة: لا ترث الأخت مع جد إلا في هذه المسألة، فسميت الغراء، وهى الأكدرية أيضًا، وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الأكدرية، وقيل إنها سميت بذلك؛ لأن عبدالملك بن مروان سأل عنها رجلاً يقال له الأكدر، فأخطأ، فنسبت إليه، وقال: سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف عليّ وزيد فى هذه الفريضة، فقال عليّ: لكل واحد منهم ما أوجبت له الفريضة. وقال زيد: يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد، فيقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، وبهذا قال مالك.

ووجه ذلك أن الأخت إنما انتقلت إلى الفرض حين لم يكن الجد يعصبها، فلما عيل لها، وصار لها سهم رجع إلى تفضيلها.

فرع: ولا تعال فريضة الأخت مع جد إلا فى هذه المسألة خاصة، ولو كان فيها أختان لبطل العول، وذلك بأن يترك المتوفى زوجًا وأمًا وجدًا وأختين لأب أو لأب، فإن للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأم السدس سهم، وللجد السدس سهم؛ لأنه أفضل له من ثلث ما بقى، وهو مثل المقاسمة، وللأختين السدس؛ لأن الجد يعصبهم، فيصيرون معه كالأختين مع الأخ.

والفرق بين هذه المسألة وبين الأكدرية ما قدمناه من الأخوات لما ورثن فى هذه المسألة من نفس المال تعدى تعصيب الجد إليهن بنفس الفرض، وليس كذلك فى المسألة الأكدرية، فإنه لم تبق الفرائض للأخت شيئًا، فلم يتعد تعصيب الجد إليها، فوجب ردها إلى الفرض حين لم يعصبها الجد.

مسألة: فإن أحاط بالميراث أم وأخت وجد، فعلى مذهب زيد للأم الثلث، والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذه المسألة تسمى الخرقاء.

وروى عن عمر وابن مسعود للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقى، وما بقى للجد.

وروى عن عبدالله أنه قال: للأخت النصف، وللأم والجد الباقى بنصفين، وهذه من مربعات عبدالله.

وروى عن عثمان أنه قال: للأم الثلث، وللأخت الثلث، وللجد الثلث، وهى تسمى مثلثة عثمان.

وقال عليّ: للأم الثلث، وللأخت النصف، والباقى للجد.

وجه قول زيد أن للأم الثلث؛ لأنه فرضها مع الأخ الواحد والباقي بين الجد والأخت، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه إذا ورثت معه عصبها، فصار كالأخ معها، والله أعلم.

مسألة: فإن كان مع الجد والإخوة بنت أو بنات، فإن عليًا يجعل للجد السدس بالفرض، ويجعل التعصيب للإخوة والأخوات، وزيد وعبدالله يقاسمان الجد بالإخوة، إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث، فإنهما يفرضانه له، وذلك في بنت وأخت وجد، ففي قول عليّ للبنت النصف وللجد السدس، والباقي للأخت، إلا أن زيدًا يجمع حظ الأخت والجد، فيقسمانه، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ووجه ذلك أنهما يرثان بالتعصيب؛ لأن الإخوة إنما ترث مع البنات بالتعصيب، فوجب أن يقتسما، للذكر مثل حظ الأنثيين، كالإخوة والأخوات.

قال مالك: وَمِيرَاثُ الإِخْوَةِ لِلأَبِ مَعَ الْجَدِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ إِخْوَةٌ لأَبٍ وَأُمٍّ كَمِيرَاثِ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ سَوَاءٌ، ذَكَرُهُمْ كَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ كَأُنْثَاهُمْ، فَإِذَا اجْتَمَعَ الإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ وَالإِخْوَةُ لِلأَبِ، فَإِنَّ الإِخْوَةَ لِلأَبِ وَالأُمِّ يُعَادُّونَ الْجَدَّ بِإِخْوَتِهِمْ لأَبِيهِمْ، فَيَمْنَعُونَهُ بِهِمْ كَثْرَةَ الْمِيرَاثِ بِعَدَدِهِمْ وَلا يُعَادُّونَهُ بِالإِخْوَةِ لِلأُمِّ؛ لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْجَدِّ غَيْرُهُمْ لَمْ يَرِثُوا مَعَهُ شَيْئًا، وَكَانَ الْمَالُ كُلُّهُ لِلْجَدِّ، فَمَا حَصَلَ لِلإِخْوَةِ مِنْ بَعْدِ حَظِّ الْجَدِّ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلإِخْوَةِ مع مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ دُونَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَلا يَكُونُ لِلإِخْوَةِ لِلأَبِ مَعَهُمْ شَيْءٌ إِلا أَنْ يَكُونَ الإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ امْرَأَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ كَانَتِ امْرَأَةً وَاحِدَةً، فَإِنَّهَا تُعَادُّ الْجَدَّ بِإِخْوَتِهَا لأَبِيهَا مَا كَانُوا فَمَا حَصَلَ لَهُمْ وَلَهَا مِنْ شَيْءٍ كَانَ لَهَا دُونَهُمْ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ فَرِيضَتَهَا وَفَرِيضَتُهَا النِّصْفُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا يُحَازُ لَهَا وَلإِخْوَتِهَا لأَبِيهَا فَضْلٌ عَنْ نِصْفِ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ فَهُوَ لإِخْوَتِهَا لأَبِيهَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ، فَلا شَيْءَ لَهُمْ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن حال الإخوة للأب مع الجد عند عدم الأب والأم كحال الإخوة للأب والأم، ذكر الإخوة للأب كذكر الإخوة للأب والأم، وأنثاهم كأنثاهم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥/٤٣٣.

ووجه ذلك أن حالهم فـي انفـراد الذكـور، أو انفـراد الإنـاث، أو اجتمـاع الذكـور والإناث كحالهم، فوجب أن يكون حالهم كحالهم، إلا أن يكون هناك من يحجبهم.

فصل: وقوله: **«فإذا اجتمع الإخوة للأب والأم والإخوة للأب، فـإن الإخـوة لـلأب والأم يعادون الجد بإخواتهم لأبيهم، فيمنعونه كثرة الميراث، فما أصاب الإخـوة لـلأب والأم والإخوة للأب لمقاسمة الجد، فإن جميعه للإخوة للأب والأم دون الإخوة لـلأب»**، هذا مذهب زيد، وبه قال مالك، وقـال علـيّ وابـن مسعود: يقسـمان المـال بـين الجـد والإخوة للأب والأم دون أن يعاد بالإخوة للأب.

وذلك في جد وأخ لأب وأم وأخ لأب، ففي قـول علـيّ وعبدالله: للجـد النصـف، وللأخ للأب والأم النصف، وفي قـول زيـد: المـال بـين الجـد والأخ لـلأب والأم والأخ للأب أثلاثًا، ثم يرد الأخ لـلأب علـى الأخ لـلأب، والأم سـهمه، فيصـير للجـد الثلـث وللأخ للأب والأم الثلثان.

ووجه هذا القول أن الأخ للأب لا يحجبه الجد، وإنما يحجبه من يقاسم الجد، فوجـب أن يحتسب به عليه، وينقص الجد به من موروثه كالإخوة مع الأب والأم لما لم تحجبهـم الأم، ويحجبهم الأب، فإنه يحتسب بهم على الأم، ويردها بهم من الثلث إلى السدس.

فصل: وقوله: **«ولا يعادونه بالإخوة للأم؛ لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لـم يرثـوا معه شيئًا، وكان المال للجد كله»**، يريد أن الإخوة لـلأب والأم لا يحتسبون علـى الجـد بالإخوة للأم.

ووجه ذلك ما احتجوا به من أن الجد يحجبهم عن الميراث، فلذلك لم يعاد بهم، ولم يدخلوا عليه نقصًا، وليس الإخوة للأب، فإن الجد لا يحجبهم، فجـاز أن يدخلـوا نقصًـا عليه.

ووجه آخر، وهو أن الإخوة للأم لا يرثون إلا بالفرض والمقاسمة تقتضي التعصيـب، فلا يجوز أن يستحجر به الفروض.

فصل: وقوله: **«إلا أن يكون الإخـوة لـلأب ولـلأم امـرأة واحـدة، فإنهـا تعـاد الجـد بإخوتها لأبيها، ثم يكون أحق بذلك حتى تستكمل فريضتها، وهـو نصـف جميـع المـال، فإن فضل شيء كان لإخوتها لأبيها»**، هذا مذهب زيد، وإليه ذهب مالك، وكـان علـيّ يفرض للأخت للأب والأم النصف، ويجعل الباقي بين الجد والإخوة للأب، ما لم تنقص المقاسمة الجد من السدس، فإن نقص فرض له السدس.

وكان ابن مسعود يسقط الأخوة للأب مع الجد والأخت للأب والأم، وذلك فى أخت لأب وأم وأخ لأب وجد، ففى قول علىّ: للأخت النصف، والباقى بين الجد والأخ للأب بنصفين، تصح المسألة من أربعة.

وفى قول ابن مسعود: للأخت النصف، وللجد النصف، تصح المسألة من اثنين.

وفى قول زيد: للأخت والأخ ثلاثة سهام من خمسة، وللجد سهمان، ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف، فيصح من عشرة للجد أربعة، وللأخت خمسة وللأخ سهم.

وجه ما قاله زيد أن هذه حالة تعصيب، فوجب أن يعاد فيها الجد بالإخوة للأب كحالة انفرادهم معه.

ووجه آخر، أن الأخت لما كانت تعاد الجد بالإخوة، وجب أن تعاد بهم على وجه التعصيب؛ لأنهما لا يرثان إلا على وجه التعصيب.

فإذا انفردت معه فى القسمة رجعت إلى الفرض؛ لأن هذا حكم مقاسمتها له، وحكم مقاسمتها له مخالف لحكم مقاسمتها به، وهذا كما يقول فى الأب والأم والإخوة أن حكم حجب الأب للإخوة مخالف لحكم حجبه بهم الأم من الثلث إلى السدس.

مسألة: فإن كان مع الأخت للأب والأم أخوات لأب، فإن عليًا وعبدالله يجعلان النصف للأخت للأب والأم، والسدس للأخت للأب، والباقى للجدور.

وزيد يجعل للجد الأفضل من المقاسمة أو الثلث، ثم يجعل للأخت للأب والأم النصف، فإن فضل شىء كان للأخوات للأب، وإن لم يفضل شىء، فلا شىء لهن.

مسألة: فإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ وأخت لأب، ففى قول زيد: الثلث للجد، والثلثان بين الأخت للأب والأم والأخ والأخت للأب، ثم تأخذ الأخت للأب والأم من ذلك النصف، فيبقى السدس للأخ والأخت للأب للذكر مثل حظ الأنثيين.

* * *

ميراث الجدة

١٤٥١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ خَرَشَةَ، عَنْ

١٤٥١ - أخرجه الترمذى فى الفرائض ٢١٠٠، ٢١٠١. وأبو داود فى الفرائض ٢٨٩٤. وابن ماجه فى الفرائض ٢٧٢٤. والدارمى فى الفرائض ٢٩٣٨.

قَبيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا أَبو بَكْرٍ: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئًا، فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ أَبو بَكْرٍ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ: مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ، فَأَنْفَذَهُ لَهَا أَبو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، ثُمَّ جَاءَتِ الْجَدَّةُ الأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلا لِغَيْرِكِ، وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا، وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ، فَهُوَ لَهَا.

الشرح: وقوله: «**جاءت الجدة إلى أبى بكر الصديق، رضى الله عنه، تسأله ميراثها**»، يحتمل أن يريد تسأله الحكم لها، ويحتمل أن يريد تسأله، بمعنى تستفتيه فى مسألتها.

وقوله: «**ما لك فى كتاب الله شىء، وما علمت لك فى سنة رسول الله ﷺ شيئًا**»، إخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة فى حكمها؛ لأنهما المقدمان فى طلب الأحكام.

وقوله: «**فارجعى حتى أسأل الناس**»، يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجويزه فى أن يكون عندهم فى ذلك عن النبى ﷺ ما لم يحضره، وهذا من تحفظه وتوقيه أن لا يعمل نظره واجتهاده وقياسه، وإن عدم النص حتى يطلبه حيث يرجو علمه من الناس، وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه، ويبحث فى طلبه، وهذه سنة فى مشاورة العالم العلماء طلبًا للنص.

ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بآرائهم ونظرهم؛ لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب ما يفعله العالم إذا أراد الفتيا بحضرة العلماء، أن الحاكم إذا أراد إنفاذ الحكومة، فمن الحزم له والتناهى فى الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم، فربما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر إليه ما يقوى فى ظنه صحة ما ظهر إليه، إذا وقف على جميع ما ظهر إليهم ورأى ما عنده أفضل، ورأى اعتراضهم على ما عنده غير صحيح، أو تسليمهم لقوله وإقرارهم صحته، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس**»، قول يحمل، إلا أن يكون معناه فرض للوارثة من الجدات إذا لم تحجب السدس فرضًا لا زيادة عليه، ولا ينقص منه إلا بالعول، فيكون ذلك عامًا فى الجدات إلا ما خصه الدليل، وذلك بأن سأل أبو بكر عن الجدة، فأجابه بذلك المغيرة.

ويكون معنى أعطاها السدس، أى فرض لها السدس، ويحتمل أن يكون أبو بكر إنما سأل عن الجدة التى عادت تسأله من عرف حالها، وأى الجدات هى، فقال المغيرة: أعطاها رسول الله ﷺ السدس، يعنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات.

وقول عمر بعد هذا: «**وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك**»، يحتمل أن يريد أن الجدة التى كانت بسبب سؤال أبى بكر الناس، أو بسبب قضاء رسول الله ﷺ للجدات بالسدس غير المرأة التى أتت عمر بعد ذلك، ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات.

وقد روى ابن وهب من طريق ليس بالقوى أن الجدة التى أعطاها رسول الله ﷺ السدس هى أم الأم، قال: فلذلك إذا كانت هى أقرب حازته، وإن كانت هى أبعد شاركت فيه.

وأما التى ورث أبو بكر، فلما كان عمر جاءته هى الجدة أم الأب، فقال لها: ما أجد لك فى كتاب الله عز وجل شيئًا، وسأل الناس، قال: فلم أجد أحدًا يخبرنى بشىء، فقال غلام من بنى حارثة: لم لا تورثها يا أمير المؤمنين، وهى لو تركت الدنيا وما فيها ورثها، وهذه لو تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنتها، فورثها عمر، وقال: إن الله تعالى ليجعل فى الجدات خيرًا كثيرًا، ثم ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة.

فصل: وقول أبى بكر للمغيرة، لما أخبره بقضاء رسول الله ﷺ فى ذلك: «**هل معك غيرك؟**»، على معنى التثبيت، وطلب تقوية غلبة الظن، لا على معنى رد حديثه؛ لأن المغيرة من فضلاء الصحابة وفقهائهم، فلا يرد حديث مثله.

ولو لم يوجد معه غيره لأمضاه أبو بكر، ولكنه طلب رواية غيره فى ذلك ليعلم الاتفاق عليها؛ لأن ذلك أبعد من السهو والغلط، وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل.

ومن هذا قلنا إنه يرجح فى الروايات بكثرة العدد، فلما قال محمد بن مسلمة مثل ما قال المغيرة، اتضح الأمر عنده، وتناهى فيه الاجتهاد لإخبار فاضلين من الصحابة عن

النبى ﷺ بذلك فى ملأ من الصحابة، استدعاهم فى هذه القضية، فلم يأت أحد منهم بخلافها، فأنفذه لها أبو بكر، رضى الله عنه.

فصل: وقوله: «**ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، تسأله ميراثها**»، يقتضى أنهما جدتان وارثتان، ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال، ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم جاءت جدة ثانية. فأما هذا اللفظ بالتعريف، فإن ظاهره أن لا يستعمل إلا فى الاثنين.

ووجه ذلك أن الألف واللام تقتضى التعريف، فلو كان معها من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون ذلك معرفة، وإلى هذا ذهب مالك أنه لا يرث من الجدات إلا اثنتان، أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، وإن علون، وبه قال أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث.

وروى عن الشافعى أنه يرث من الجدات ثلاث، الجدتان المتقدمتان، وأم أبى الأب، وهو قول ابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة والأوزاعى. وروى عن ابن عباس توريث أربع جدات المتقدمات، وأم أبى الأم، وبه قال ابن سيرين وعطاء.

والدليل على منع توريث أم أبى الأب وأم أبى الأم، ما روى عن عمر فى هذا الحديث للجدة الأخرى، «**وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس، فإن اجتمعتما، فهو بينكما وأيتكما خلت به، فهو لها**»، فجعله لهما عند اجتماعهما.

وإن لم يوجد فى الفريضة إلا إحداهما، فهو لها دون غيرها من الجدات، وأبو حنيفة يجعله لها ولأم أبى الأب، وإذا انفردت به إحداهما لم يكن لها، ولأن أم أب الأب تشاركهما فيه، وهذا قول عمر بحضرة الصحابة، ولم ينكره عليه أحد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه جدة تدلى بالجد، فلم ترث كالجدة أم أبى الأب، واستدلال فى المسألة، وهو أن جنبة الأم فى الجدات أقوى من جنبة الأب، بدليل أن الأم تسقط الجدات أجمع والأب لا يسقط الجدة أم الأم، ثم ثبت وتقرر أنه لا يرث من جنبة الأم غير جدة واحدة، فبأن لا ترث من جنبة الأب غير جدة واحدة أولى.

فصل: وقوله: «**وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك**»، يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الأم.

وقوله: «**وما أنا بزائد فى الفرائض شيئًا**»، يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الأم.

وقوله: «**وما أنا بزائد في الفرائض شيئًا**»، يريد أنه لا يفرض للجدات سدسًا غير السدس الذى فرضه رسول الله ﷺ.

وقوله: «**ولكنه السدس**»، يريد، والله أعلم، أن فرض الجدات إنما هو السدس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك؛ لأنه فرض ينفرد به النساء، فصح الانفراد به، والاشتراك فيه كربع الزوجات أو ثمنهن.

فصل: وقوله: «**فإن اجتمعتما، فهو بينكما**»، يقتضى أن الوارثات من الجدات هما اثنتان، ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية، وإن كانت المخاطبة واحدة، ولو ورث منهن جماعة لقال: فإن اجتمعتن فيه، فهو بينكن وأيتكن خلت به، فهو لها.

١٤٥٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَتَتِ الْجَدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ السُّدُسَ لِلَّتِي مِنْ قِبَلِ الأُمِّ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ: أَمَا إِنَّكَ تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ، وَهُوَ حَيٌّ كَانَ إِيَّاهَا يَرِثُ، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله: «**أتت الجدتان إلى أبي بكر**»، يريد أم الأم وأم الأب، ويحتمل أن يكونا أتيا في موروث واحد، وفي موروثين، فأراد أبو بكر أن يجعل الموروث لأم الأم، ولعله حمل حديث المغيرة وابن مسلمة، أو فهم أنها المراد به من قولها، فعارضه رجل من الأنصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس، ومن يوجد عنده العلم في الأحكام بأن الجدة أم الأب لها في ذلك حق، وآكد لسببها.

ووجه الموارثة بينها وبين المتوفى بأنه يرثها، وبيان ذلك أن قرابة الجدة قرابة يثبت بها التوارث، فإذا كانت هذه القرابة ترث من لا يرثها المتوفى، فبأن ترث بها من يرثها المتوفى أولى وأحرى، ولا يلزم هذه العمة والخالة؛ لأن تلك قرابة لا يورث بمثلها.

فصل: وقوله: «**فجعل لها أبو بكر السدس بينهما**»، يريد أنه سوى بينهما فيه، فجعله لهما على السواء، ولم ير الجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لما ذكره الأنصارى.

وأما رأى أبي بكر أن سبب أم الأم أقوى من وجه آخر، وهو أنها تدلى بالأمومة، وجنبتها في ميراث الجد أقوى من جنبة الأب؛ لأنها تدلى بمثل سببها كالجد للأب جنبته أقوى في الميراث من جنبة الأم؛ لأن الجد للأب يدلى بمثل سبب الأب.

١٤٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٥٠.

١٤٥٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا بَكْرِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ كَانَ لا يَفْرِضُ إِلا لِلْجَدَّتَيْنِ.

الشرح: قوله: «**كان لا يفرض إلا للجدتين**»، يريد أم الأم وأم الأب، وأمهاتهما واحدة، وأنه لا يفرض لجدة غيرهما. وقد روى عن عليّ وزيد وابن عباس أنهم ورثوا الجدات، وإن كثرن، إذا كن فى درجة واحدة، وقد تقدم من الكلام فى ذلك ما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الأمِّ لا تَرِثُ مَعَ الأمِّ دِنْيَا شَيْئًا، وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّدُسُ فَرِيضَةً، وَأَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الأبِ لا تَرِثُ مَعَ الأمِّ وَلا مَعَ الأبِ شَيْئًا، وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّدُسُ فَرِيضَةً، فَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْجَدَّتَانِ أُمُّ الأبِ وَأُمُّ الأمِّ، وَلَيْسَ لِلْمُتَوَفَّى دُونَهُمَا أَبٌ وَلا أُمٌّ.

قَالَ مَالِك: فَإِنِّى سَمِعْتُ أَنَّ أُمَّ الأمِّ إِنْ كَانَتْ أَقْعَدَهُمَا كَانَ لَهَا السُّدُسُ دُونَ أُمِّ الأبِ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ الأبِ أَقْعَدَهُمَا أَوْ كَانَتَا فِى الْقُعْدَدِ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةٍ سَوَاءٍ، فَإِنَّ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

الشرح: قوله: «**أن الجدة أم الأم لا ترث مع الأم شيئًا**»، قول متفق عليه لا اختلاف فيه؛ لأنها تدلى بالأم، وترث بمثل سببها، فكانت محجوبة بها، وأما الجدة أم الأب، فهى أيضًا محجوبة بالأم لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها، والأم أقرب قرابة منها، فوجب أن تحجبها، والأب يحجب الجدة للأب، خلافًا لما روى عن ابن مسعود.

ووجه ذلك أنها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجد، أو أنها وارثة تدلى بعاصب، فوجب أن يحجبها العاصب كالعم والجد، ولا يحجب الجدة للأم؛ لأنها لا تدلى به، ولا ترث بمثل سببه؛ لأنها ترث بالأمومة، وهو يرث بالأبوة، فلم يحجبها كما تحجب الأم.

فصل: فإذا اجتمعت الجدتان أم الأم وأم الأب، ولم يكن من الأبوين من يحجبهما أو إحداهما، فإن كانتا فى قعدد واحد، فالسدس بينهما على السواء على حسب ما

١٤٥٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥١.

تقدم، وإن كانت إحداهما أقرب، فإن كانت القربى من جهة الأم بدرجة أو درجات حجبت البعدى، وبهذا قال زيد وعليّ وجمهور التابعين.

وروى النخعي والشعبي، عن ابن مسعود أنه قال: السدس للقربى والبعدى، إذا كانتا من جهتين مختلفتين، فإن كانتا من جهة واحدة، فالسدس لأقربهن.

والدليل على ما قدمناه من أن الأم تحجب أم الأب، فكذلك أم الأب تحجب أم الأب.

مسألة: فإن كانت القربى من جهة الأب بدرجة أو درجات، فالسدس بينهما، وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب، عن زيد، وبه قال مالك، وهى إحدى الروايتين عن الشافعي.

وروى عن عليّ أنه يجعل السدس للقربى، وهى رواية النخعي والشعبي، عن زيد، وبه قال أبو حنيفة، وهى الرواية الثانية عن الشافعي.

والدليل على صحة القول الأول أن الأم لا تحجب أم الأم، فكذلك أم الأب لا تحجب أم الأم، وأن من يرث بالأم من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالأب من تلك الجهة، وكذلك من يدلى بالأم من جهة الأمومة، لا يسقط من يدلى بالأب من تلك الجهة.

فصل: وقوله: «**فيفرض لها فيما سوى ذلك السدس**»، يعنى أنه فرضها إذا انفردت، وعلى هذا جمهور الفقهاء. وروى ابن سيرين أن الجدات ليس لهن سهم، وإنما هى طعمة أطعمتها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن الميراث لا يكون إلا بفرض أو تعصيب، وقد ثبت أن الجدة ليست من أهل التعصيب، فلم يبق إلا أن ترث بالفرض.

قال مالك: وَلا مِيرَاثَ لأحَدٍ مِنَ الْجَدَّاتِ إلا لِلْجَدَّتَيْنِ؛ لأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَرَّثَ الْجَدَّةَ، ثُمَّ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى أَتَاهُ الثَّبَتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ وَرَّثَ الْجَدَّةَ، فَأَنْفَذَهُ لَهَا ثُمَّ أَتَتِ الْجَدَّةُ الأخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهَا: مَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ، فَهُوَ لَهَا.

قال مالك: ثُمَّ لَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا وَرَّثَ غَيْرَ جَدَّتَيْنِ مُنْذُ كَانَ الإسْلامُ إِلَى الْيَوْمِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يرث من الجدات غير جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، وقد تقدم ذكر ذلك.

وقوله: «**وقد بلغني أن رسول الله ﷺ ورث الجدة**»، يريد بذلك أنه لا يثبت ميراث الجدة إلا بأحد هذين الأمرين، وهو ما بلغ أبا بكر أن النبي ﷺ ورث الجدة، وهي عنده أم الأم.

والثانية التي جاءت إلى عمر، فقال لها: إنما هو السدس، فأيتكما خلت به فهو لها، فإن اجتمعتما فيه، فهو بينكما، وهي أم الأم، وسائر الجدات لم يثبت لهن حق، ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدة بالميراث، وإنما ذكر جدتين بالتثنية، فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما.

وقول مالك: «**ولم نعلم أحدًا ورث غير جدتين**»، مع ما قدمناه من الاختلاف في ذلك، يحتمل أن يريد به إنفاذه الحكم وإن جاز أن يراه ابن مسعود وغيره، ولكنه لم يبلغه أنه أنفذ حكمًا به؛ لأن القائل به كان يخالفه الجم الغفير، فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد.

ولذلك لم ينسب توريث أم أب الأب إلى عبدالله وحده، وتوريث أم أب الأم إلى ابن عباس من طرق ليست بالقوية، ولعل مالكًا قد أراد أن ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة، وأن ما روى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما، والله أعلم وأحكم.

* * *

ميراث الكلالة

١٤٥٤ – مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْكَلَالَةِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَكْفِيكَ مِنْ ذَلِكَ الآيَةُ الَّتِي أُنْزِلَتْ فِي الصَّيْفِ آخِرَ سُورَةِ النِّسَاءِ».

١٤٥٤ – أخرجه مسلم في الفرائض ١٦١٧. وابن ماجه في الفرائض ٢٧٢٦. وأحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ٩٠، ١٨٠، ٢٦٤، ٣٣٤، ٢٦٤.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٢١/٧: هكذا رواه يحيى مرسلا، وتابعه أكثر الرواة على إرساله ووصله القعنبي وابن القاسم على اختلاف عنه، فقالا فيه: عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، ورواه ابن وهب ومطرف وابن بكير وأبو مصعب، ومصعب، ومعن وابن

الشرح: قوله: «**أن عمر سأل رسول الله ﷺ عن الكلالة**»، يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث، ويحتمل أن يسأل عمن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين. وقد روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس: الكلالة من لا ولد له ولا والد، وهذا يقتضي أن الكلالة الموروث عن هذه الصفة.

وقوله ﷺ: «**يكفيك من ذلك آية الصيف**»، يقتضي أن السؤال كان عن أحكام الوارثين. وقوله تعالى: ﴿**وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة**﴾ [النساء: ١٢]، ظاهره أنه يورث على هذا الحال، والله أعلم. وقد قيل إن الكلالة اسم للورثة.

فصل: وقوله ﷺ: «**يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء**»، يريد قول الله تعالى: ﴿**يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك**﴾ [النساء: ١٧٦] الآية إلى آخر السورة.

وهذه الآية نزلت في شأن جابر بن عبدالله بن عمرو السلمي فيما رواه ابن المنكدر، عن جابر، قال: مرضت، فأتاني النبي ﷺ يعودني هو وأبو بكر ماشيين، وقد أغمي عليَّ، فلم أكلمه، فتوضأ، فصب عليَّ، فأفقت، فقلت: يا رسول الله، كيف أصنع في مالي ولي أخوات، فنزلت آية الميراث ﴿**يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت**﴾.

وروى أبو إسحاق، عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء ﴿**يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة**﴾.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا أَنَّ الْكَلالَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَأَمَّا الآيَةُ الَّتِي أُنْزِلَتْ فِي أَوَّلِ سُورَةِ النِّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهَا: ﴿**وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ**﴾ [النساء: ١٢] فَهَذِهِ الْكَلالَةُ الَّتِي لا تَرِثُ فِيهَا الإِخْوَةُ لِلأُمِّ حَتَّى لا يَكُونَ وَلَدٌ وَلا وَالِدٌ، وَأَمَّا الآيَةُ الَّتِي فِي آخِرِ سُورَةِ النِّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهَا: ﴿**يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ**

عفير، كما رواه يحيى لم يقولوا عن أبيه.

فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٧٦].

قال مالك: فَهَذِهِ الْكَلالَةُ الَّتِي تَكُونُ فِيهَا الإِخْوَةُ عَصَبَةً إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، فَيَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ فِي الْكَلالَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء، أحدهما: من لا يرث مع الولد، وإن علا، والمولودون وإن سفلوا، كالإخوة للأم، وذلك ما تضمن حكمه الآية التى فى أول سورة النساء، وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة، فقال: **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس﴾** [النساء: ١٢]، فهؤلاء الإخوة من الأم خاصة، فمتى انفرد ذكرهم وأنثاهم، فله السدس، ومتى كانوا أكثر من ذلك، فهم شركاء فى الثلث.

والوجه الثانى من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن، ولا مع الأب، ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن، وذلك ما تضمن حكمه الآية التى فى آخر سورة النساء، وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضًا، فقال: **﴿يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة﴾** [النساء: ١٧٦].

فهؤلاء من الكلالة التى ذكرهم خالف أنثاهم عند الانفراد؛ لأن للأنثى منهم النصف، وللذكر الجميع.

فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع، فكان للأنثى منهم نصف حظ الذكر، إلا أن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض، والأولين لا يرثون إلا بالفرض، فالجد يرث مع الإخوة؛ لأنه أولى بالميراث منهم، وذلك أنه يرث مع ذكور ولد المتوفى.

وقوله: **«يرثون مع الجد فى الكلالة»**، يريد الإخوة للأب أو الأم أو الأب.

فَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الإِخْوَةِ، لأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى السُّدُسَ، وَالإِخْوَةُ لا يَرِثُونَ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى شَيْئًا، وَكَيْفَ لا يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ، وَهُوَ يَأْخُذُ السُّدُسَ مَعَ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى، فَكَيْفَ لا يَأْخُذُ الثُّلُثَ مَعَ الإِخْوَةِ وَبَنُو الأُمِّ يَأْخُذُونَ مَعَهُمُ الثُّلُثَ، فَالْجَدُّ هُوَ الَّذِي حَجَبَ الإِخْوَةَ لِلأُمِّ، وَمَنَعَهُمْ مَكَانُهُ الْمِيرَاثَ، فَهُوَ أَوْلَى بِالَّذِي كَانَ لَهُمْ؛ لأَنَّهُمْ سَقَطُوا مِنْ أَجْلِهِ، وَلَوْ

أَنَّ الْجَدَّ لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ الثُّلُثَ أَخَذَهُ بَنُو الأُمِّ، فَإِنَّمَا أَخَذَ مَا لَمْ يَكُنْ يَرْجِعُ إِلَى الإِخْوَةِ لِلأَبِ، وَكَانَ الإِخْوَةُ لِلأُمِّ هُمْ أَوْلَى بِذَلِكَ الثُّلُثِ مِنَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ، وَكَانَ الْجَدُّ هُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الإِخْوَةِ لِلأُمِّ.

الشرح: وهذا كما قال أن الجد لا يحجب الإخوة عن الميراث، وذلك أنه يرث مع من لا يرثون معه، وهو الابن وابن الابن للجد معهم السدس؛ لأنه ذو فرض، ولا يرث الإخوة معهم؛ لأنهم يرثون معه بالتعصيب والأخوات، وإن كن يرثن بالفرض عند الانفراد، إلا أنهن يرثن بمثل سبب الإخوة من التعصيب، فوجب أن يحجبهن عن الفرض من يحجب الإخوة عن التعصيب.

ألا ترى أن الأم ترث بالفرض الثلث، والأب يرث بالتعصيب ما زاد على السدس، ثم يحجب الأم عن الثلث إلى السدس الابن، كما يحجب الأب عن التعصيب، ويرد إلى السدس الذى هو الفرض لما ورث الأبوان بسبب واحد، وهو الولادة المباشرة.

فلما كان هذا حال الجد كان أحق من الإخوة بهذا السدس، وكان أيضًا أحق منها بالثلث، إذا لم يكن معهم فى الثلث غيرهم من يحجبهم عن الثلث لمعنى آخر وهو أن الإخوة للأم أحق بالثلث من الإخوة للأب والأم والأخت للأب.

والفرق بينه وبين الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم من الثلث إلى السدس، والأب أحق به منهم، أن الإخوة يحجبون الأم، والأب يحجبهم، فلا يرثون معه والإخوة للأم يرثون الثلث مع الإخوة للأب والأم، ويحجبونهم عنه، والأب يحجبهم، فلا يرثون معه.

فلذلك كان أولى به؛ لأن الجد يحجب الإخوة للأم الذين يحجبون الإخوة للأب والأم عن ذلك الثلث، فكان بمنزلة الأب مع الإخوة الذين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس والأب يحجبهم، فكان أحق به منهم.

مسألة: فلو كانت فريضة فيها أم وزوج وجد وإخوة لأم وإخوة لأب، فمذهب مالك: أن للزوج النصف، وللأم السدس، ولا شيء للإخوة للأب؛ لأن الإخوة للأب أحق به منهم، لو لم يكن الجد، والجد يحجب الإخوة للأم عنه، فكان أحق به منهم.

* * *

ما جاء في العمة

١٤٥٥ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَنْظَلَةَ الزُّرَقِيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ مَوْلًى لِقُرَيْشٍ كَانَ قَدِيمًا يُقَالُ لَهُ ابْنُ مِرْسَى أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَلَمَّا صَلَّى الظُّهْرَ، قَالَ: يَا يَرْفَا، هَلُمَّ ذَلِكَ الْكِتَابَ، لِكِتَابٍ كَتَبَهُ فِي شَأْنِ الْعَمَّةِ، فَنَسْأَلَ عَنْهَا، وَنَسْتَخْبِرَ عَنْهَا، فَأَتَاهُ بِهِ يَرْفَا، فَدَعَا بِتَوْرٍ أَوْ قَدَحٍ فِيهِ مَاءٌ، فَمَحَا ذَلِكَ الْكِتَابَ فِيهِ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ رَضِيَكِ اللَّهُ وَارِثَةً أَقَرَّكِ، لَوْ رَضِيَكِ اللَّهُ أَقَرَّكِ.

١٤٥٦ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ كَثِيرًا يَقُولُ: كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَقُولُ: عَجَبًا لِلْعَمَّةِ تُورَثُ وَلَا تَرِثُ.

الشرح: قوله ليرفا بأثر الصلاة: «**هلم ذلك الكتاب**»، ليسأل عنها ويستخبر يحتمل أنه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء الصحابة الصلاة، ولعله أن يكون قد تبين حينئذ إليه من حكمها ما خفى عليه قبل ذلك، فأراد أن يشاورهم فيما ظهر إليه من ذلك، ونحو ذلك في القدح أو التور.

وقوله: «**لو رضيك الله أقرك**» يحتمل أن يريد به إسقاط العمة من أهل المواريث، وأن الله تعالى لو رضى الوراثة لأقرها بعد الاستخارة، والمشاورة، بأن يقوى فى نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها، ويريهم وجه الصواب فى ذلك، فلما لم يرهم ذلك مع ما أمرهم به من إجهاد الرأى، بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقًا.

ويحتمل أيضًا أن يكون أراد بذلك الرقعة التى محاها، سواء كان فيها إثبات الميراث للعمة أو نفيه عنها، وأن الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها، ولم يرهم صوابها، إلا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث، وسيأتى فى ميراث ذوى الأرحام من المسائل التى اختلف فيها الصحابة، فالمشهور عن عمر منع ذلك، وبه قال زيد بن ثابت، وإليه ذهب مالك والشافعي.

وروى عن ابن مسعود توريثهم، وبه قال أبو حنيفة، وذوو المحارم هم بنو البنت، وبنو الأخت، وبنات الأخ من الأب والأم، وبنات الأخ من الأب، وبنو الإخوة من الأم، والعمة، والخالة، وبنات العم والخال، والعم أخو الأب للأم وأولاده، والجدة أم

١٤٥٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٣.

١٤٥٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٤.

أبى الأم.

والدليل على ما نقوله أن بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوى لها فى القرابة، فوجب أن لا ترث إذا انفردت. أصل ذلك بنت العمة، ولا يلزمنها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم، فإنه غير مساو له فى القرابة.

* * *

باب ميراث ولاية العصبة

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا فِى وِلايَةِ الْعَصَبَةِ: أَنَّ الأَخَ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الأَخِ لِلأَبِ، وَالأَخُ لِلأَبِ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ بَنِى الأَخِ لِلأَبِ، وَالأُمِّ وَبَنُو الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْلَى مِنْ بَنِى الأَخِ لِلأَبِ، وَبَنُو الأَخِ لِلأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِى ابْنِ الأَخِ لِلأَبِ، وَالأُمِّ وَبَنُو ابْنِ الأَخِ لِلأَبِ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِى الأَبِ لِلأَبِ، وَالأُمِّ وَالْعَمُّ أَخُو الأَبِ لِلأَبِ، وَالأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِى الأَبِ لِلأَبِ، وَالْعَمُّ أَخُو الأَبِ لِلأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِى الْعَمِّ أَخِى الأَبِ لِلأَبِ، وَالأُمِّ وَابْنُ الْعَمِّ لِلأَبِ أَوْلَى مِنْ عَمِّ الأَبِ أَخِى أَبِى الأَبِ لِلأَبِ وَالأُمِّ.

قال مالك: وَكُلُّ شَىْءٍ سُئِلْتَ عَنْهُ مِنْ مِيرَاثِ الْعَصَبَةِ، فَإِنَّهُ عَلَى نَحْوِ هَذَا أَنْسُبِ الْمُتَوَفَّى وَمَنْ يُنَازِعُ فِى وِلايَتِهِ مِنْ عَصَبَتِهِ، فَإِنْ وَجَدْتَ أَحَدًا مِنْهُمْ يَلْقَى الْمُتَوَفَّى إِلَى أَبٍ لا يَلْقَاهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِلَى أَبٍ دُونَهُ، فَاجْعَلْ مِيرَاثَهُ لِلَّذِى يَلْقَاهُ إِلَى الأَبِ الأَدْنَى دُونَ مَنْ يَلْقَاهُ إِلَى فَوْقِ ذَلِكَ، فَإِنْ وَجَدْتَهُمْ كُلَّهُمْ يَلْقَوْنَهُ إِلَى أَبٍ وَاحِدٍ يَجْمَعُهُمْ جَمِيعًا، فَانْظُرْ أَقْعَدَهُمْ فِى النَّسَبِ، فَإِنْ كَانَ ابْنَ أَبٍ فَقَطْ، فَاجْعَلِ الْمِيرَاثَ لَهُ دُونَ الأَطْرَافِ، وَإِنْ كَانَ ابْنَ أَبٍ وَأُمٍّ، وَإِنْ وَجَدْتَهُمْ مُسْتَوِينَ يَنْتَسِبُونَ مِنْ عَدَدِ الآبَاءِ إِلَى عَدَدٍ وَاحِدٍ حَتَّى يَلْقَوْا نَسَبَ الْمُتَوَفَّى جَمِيعًا، وَكَانُوا كُلُّهُمْ جَمِيعًا بَنِى أَبٍ أَوْ بَنِى أَبٍ وَأُمٍّ، فَاجْعَلِ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمْ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَ وَالِدُ بَعْضِهِمْ أَخَا وَالِدِ الْمُتَوَفَّى لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَكَانَ مَنْ سِوَاهُ مِنْهُمْ إِنَّمَا هُوَ أَخُو أَبِى الْمُتَوَفَّى لأَبِيهِ فَقَطْ، فَإِنَّ الْمِيرَاثَ لِبَنِى أَخِى الْمُتَوَفَّى لأَبِيهِ وَأُمِّهِ دُونَ بَنِى الأَخِ

لِلأَبِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قالَ: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: ٧٥].

الشرح: وهذا على ما قال أن الأخ للأب والأم أولى من الأخ للأب؛ لأن الأم يدلى بها إلى الميراث، إذا انفردت كما يدلى بالأب إذا انفرد، فإذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما، وكذلك الميراث فى العمومة، وإن كان العم للأم لا مدخل له فى الميراث إلا أنه لما كانت الأم سببًا فى الميراث بالجملة، قويت جنبة من وجدت فى جهته كما أن الأم بانفرادها لا تكون سببًا إلى ميراث جميع المال، وقد يقوى جنبة الأخ للأب والأم، فيستحق جميع المال، وهذا مع التساوى فى الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم إخوة أو أعمامًا فى درجة أو بنى عم فى درجة واحدة.

فإن اختلف درجتهم، فذلك على وجهين، أحدهما: اختلافهما مع اختلاف الأسباب. الثانى: اختلافهم مع اتفاق الأسباب.

فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الأسباب، فكالإخوة مع الأعمام وبنى الأعمام، فالأخوة أقرب؛ لأنهم يدلون بالأب والأعمام يدلون بالجد، وكذلك بنو الأعمام يدلون بالجد، فكان الإخوة أولى إخوة كانوا لأب وأم أو لأب؛ لأنهم يدلون بالأب، وهو أقرب من الجد، وإن كانو أعمامًا كلهم أو بنى عم كلهم، واختلفت درجاتهم، فكالأعمام إخوة الأب مع الأعمام إخوة الجد؛ فإن الأعمام إخوة الأب أولى بالميراث، وهو معنى قول مالك أن من يلقى الميت إلى أب لا يلقاه غيره إلى أقرب منه، فله الميراث.

ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام إخوة الجد يدلون بالجد أبى أبى الأب، وكل من أدلى بالأقرب، فله الميراث دون من أدلى بأب أبعد.

مسألة: ومن ترك خالاً هو ابن عم لأب، وأخًا لأم، وهو ابن عم لأب، فللأخ للأم السدس، وما بقى بينه وبين الخال بالسوية؛ لأنهما ابنا عم فى درجة واحدة.

ووجه ذلك أن الخال لا حظ له فى الميراث والأخ للأم يرث بالفرض السدس، وإذا اجتمع لأحد الوراثين سببان، وانفراد الآخر بسبب واحد، فإن كان السببان من جنس واحد كابنى العم، أحدهما ابن عم لأب وأم، والآخر ابن عم لأب، فإن تأثيره أن يحجب ذو السببين ذا السبب الواحد، وإن كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لأم، فإن تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما،

فيرث بسبب الفرض أولا ثم يساويه فى بقية الميراث لتساويهما فيه، والله أعلم.

مسألة: ولو ترك الميت أخوين لأم أحدهما ابن عم لورثا بالأخوة للأم الثلث بينهما، ثم يرث الأخ الذى هو ابن عم بالتعصيب بقية المال، وذلك على ما قدمناه.

مسألة: وهذا إذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة، فإن كان خنثى، فإنه ينظر إلى مباله، فإن بال من ذكره، فحكمه حكم الذكور فى ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه.

وإن بال من فرجه، فحكمه فى ذلك حكم المرأة، وإن بال منهما، فهو الخنثى المشكل، فقد قال ابن عجلان الفرضى: ينظر أيهما يبدأ البول أولا. وروى ذلك عن ابن أبى طالب.

وإن بال منهما جميعًا سواء، فهذا الخنثى المشكل، واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل، ونصف ميراث امرأة، فإن انفرد وحده، فله ثلاثة أرباع الميراث. قال ابن غالب: لا اختلاف بين أهل العلم فى ذلك.

وقد اختلفوا فى الحساب، فقال بعضهم: من توفى، وترك ابنا خنثى وابنًا صحيحًا، فإن فريضتهما من سبعة للصحيح أربعة، وللخنثى ثلاثة، ومنهم من قال: فريضتهم من خمسة للخنثى سهمان، وللصحيح ثلاثة، ومنهم من قال: فريضتهم من ثمانية، للصحيح خمسة، وللخنثى ثلاثة.

وذلك كله غلط فى الحساب، والصواب فى ذلك أن تعمل فريضتين، فريضة على أنه ذكر، وفريضة على أنه أنثى، فريضتهما على أنه ذكر أنه من اثنين لكل واحد منهما النصف، وفريضتهما على أن أحدهما أنثى من ثلاثة للذكر اثنان، وللأنثى واحد، فاضرب ثلاثة فى اثنين، فذلك ستة، ثم أضعف الستة، فذلك اثنا عشر، وإنما أضعفنا الستة ليكون ما بيد لكل واحد منهما من التضعيف، والتأنيث نصف صحيح، ثم أقسم، الاثنى عشر على أنهما ذكران، فلكل واحد منهما ستة، اقتسمها على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية، وللأنثى أربعة، وهى أسوأ حالتيهما، ويصير لهما فى أفضل حالتيهما ستة، فيعطى شطر ما بين حالتيه، وذلك خمسة أسهم، ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لأنه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة، وبحال أنوثته ثمانية، والله أعلم.

قال مالك: وَالْجَدُّ أَبُو الأَبِ أَوْلَى مِنْ بَنِى الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَأَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِى الأَبِ لِلأَبِ وَالأُمِّ بِالْمِيرَاثِ، وَابْنُ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ بِوَلاءِ الْمَوَالِى.

الشرح: وهذا على ما قال أن الجد أبا الأب يحجب به الأخ للأب والأم، وذلك أن الجد أولى بالميراث من الأخ للأب والأم إذا ضاق عنهما؛ لأنه من أهل الفروض، ولذلك يرث مع الابن السدس، ولا يرث الأخ من الابن شيئًا، لكنه إذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الأخ بالتعصيب؛ لأن لكل واحد منهما تعصيبًا، والأخ يعصب أخته، والجد يرث مع الابن، فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب.

وأما ابن الأخ، فلا يعصب أخته، ولذلك حجبه لقوة أسبابه التى يرث بها، وهذا حكم الجد أبى الأب، فأما أبو أبى الأب، فإنه أيضًا أولى من بنى الأخ والأعمام وبنى الأعمام؛ لأنه جد كالأدنى.

وأما الجد الأب، فإنه يحجب أباه كما يحجب الأب الجد، فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته، لأن الميراث إنما يستحق بالقرب، والله أعلم.

فصل: والجد أولى من العم أخى الأب للأب والأم. ووجه ذلك أن العم إنما يدلى بالجد، فكان كالأخ مع الأب لما أدلى به لم يرث معه، وإنما يرث مع عدمه وأيضًا، فإن تعصيب العم ليس بالقوى؛ لأنه لا يعصب أخته، فكان كابن الأخ لا يرث مع الجد لضعف تعصيبه؛ لأنه لا يعصب أخته، وإنما يرث مع الجد بالتعضيب من قوى تعصيبه حتى يعصب أخته كالأخ والابن وابن والابن.

فصل: وقوله: **«وابن الأخ للأب والأم أولى من الجد بولاء الموالى»** ووجه ذلك أن الولاء لا يورث إلا بمحض التعصيب، وليس فيه فروض، والأخ وابن الأخ أمحض تعصيبًا من الجد؛ لأنهم لا يرثون إلا بالتعصيب، فكان سببهم أقوى فى الولاء، ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض فى الولاء؛ لأنه لا مدخل للفروض فيه.

وأما الأب، فإنه أحق بالولاء من الأخوة، وإن كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما؛ لأن الإخوة يدلون به، فكان أحق بذلك منهم، وليس كذلك الجد، فإنهم لا يدلون به، وحكم الإخوة مع الأب كحكم الأعمام من الجد، والله أعلم.

مسألة: قد تقدم الكلام فى ذكر من يرث فى هذا الكتاب، فليذكر العمل فى مورايثهم ليتم به بيان أحكامهم.

ومعنى ذلك على الإيجاز أن الفروض ستة، وقد تقدم ذكرها، ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة وأربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والأربعة وعشرين، وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف إلى أربعة ثم تضاعف إلى ثمانية.

فإذا كانت المسألة نصفًا وما بقى، أو نصفًا ونصفًا، فهى من اثنين، وإن كانت ربعًا وما بقى، أو ربعًا ونصفًا، وما بقى من أربعة، وإن كانت ثمنًا، وما بقى، أو كانت ثمنًا ونصفًا، فأصلها من ثمانية، وهذه الأصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهمانها بأحد الأصلين.

والأصل الثانى أوله من ثلاثة، ثم يضاعف إلى ستة، ثم يضاعف إلى اثنى عشر، ثم يضاعف إلى أربعة وعشرين، فإن كان فى المسألة ثلث وما بقى، أو ثلث وثلثان، فأصل المسألة من ثلاثة، وهذه المسألة أيضًا لا تعول لاختصاصها بأحد الأصلين.

وإن كان فيها ربع مع ثلث أو سدس، فهى من اثنى عشر، وإن كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس، فهى من أربعة وعشرين، وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الأصلين فيها.

فأما المسألة التى أصلها من ستة، فهى تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة، فإذا عالت إلى عشرة سميت ذات الفروخ، وهى أكثر المسائل عولاً؛ لأنها عالت بقسميها، وإذا عالت إلى تسعة، فبعضهم يسميها الغراء، وهى الأكدرية.

وإذا كان أصل المسألة من اثنى عشر عالت إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وإذا كان أصل المسألة من أربعة وعشرين، عالت إلى سبعة وعشرين، وهى المنبرية.

مسألة: فإذا تركت المرأة زوجًا وأختين لأب، فأصلها من ستة، وتعول إلى سبعة، وإذا تركت زوجًا، وأما وأختين لأم، فأصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية.

وإذا تركت زوجًا وجدًا وأما وأختًا، فأصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، وإذا تركت المرأة زوجًا وأما وست أخوات مفترقات، فأصلها من ستة وتعول إلى عشرة، للزوج النصف، وهو ثلاثة، وللأم السدس، وللأختين للأم الثلث، وللأختين للأم والأب

الثلثان، وتعول إلى عشرة، وقد تقدم ذكرها.

مسألة: وإذا توفى رجل وترك زوجة وثلاث أخوات متفرقات، أصلها من اثنى عشر، للزوجة الربع بثلاثة وللأخت للأم السدس باثنين وللأخت للأب والأم النصف بستة أسهم وللأخت للأب السدس بسهمين تعول إلى ثلاثة عشر.

ولو خلفت المرأة زوجًا وأبوين وابنة ابن، أصلها من اثنى عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم، وللأبوين السدسان أربعة أسهم، وللابنة النصف بستة أسهم، ولابن الابن السدس باثنين، تعول إلى خمسة عشر.

ولو خلف زوجة وأختين لأم وأختين لأب، فأصلها من اثنى عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم، وللجدة السدس بسهمين وللأختين للأم الثلث بأربعة أسهم، وللأختين للأب الثلثان بثمانية أسهم تعول إلى سبعة عشر.

مسألة: ولو توفى رجل، وترك زوجة وأبوين وابنتين، فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان بثمانية أسهم، وللابنتين الثلثان ستة عشر سهما تعول إلى سبعة وعشرين.

* * *

فصل فى تصحيح المسائل

وتصحيحها أن تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم فى أصل المسألة وعولها، فما خرج، فمنه تصح المسألة، وذلك مثل زوج وأخوين، أصلها من اثنين للزوج النصف وللأخوين النصف، لا ينقسم عليهما، فتضرب عددهما، وهما اثنان فى أصل المسألة، وهو اثنان يكون أربعة منه، تصح المسألة، فيكون للزوج النصف بسهمين وللأخوين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم.

ولو تركت زوجًا وأخًا وأختًا، فأصلها للزوج النصف سهم وللأخ والأخت النصف، لا ينقسم عليهما، فيعد الأخ باثنين؛ لأن له مثل ما لأخته، فتضرب أصل المسألة فى ثلاثة تكون ستة منها تصح المسألة للزوج النصف ثلاثة، وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، والله أعلم.

مسألة: فإن كان عدد الورثة موافقًا لسهامهم مثل أن يكون لعددهم نصف، ولسهاهم نصف أو ثلث وثلث أو ربع وربع، أو ما كان من الأجزاء، فيرد عدددهم إلى

ذلك، ثم تضرب الراجع فى أصل المسألة وعولها، فما اجتمع صحت منه المسألة.

وذلك مثل امرأة تركت زوجًا، هو ابن عمها، وأربعة عشر ابنة، أصل مسألتهم من ثلاثة، فللزوج بالفرض والتعصيب الثلث، ويبقى الثلثان، وهما سهمان للبنات لا ينقسم عليهم لكن توافقهن بالنصف، فتضرب عددهن، وهو سبعة فى أصل المسألة، وهو ثلاثة يكون أحدًا وعشرين منها تصح المسألة للزوج سبعة، وللبنات أربعة عشر سهمًا.

مسألة: فإن كان فى المسألة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها، فاضرب الأعداد بعضهما فى بعض، فما اجتمع فاضربه فى أصل المسألة وعولها.

وذلك مثل رجل توفى وخلف أربع نسوة وأربعة وثلاثين أخًا لأم، وسبعة وثلاثين أختًا لأب، المسألة من اثنى عشر للزوجات الربع بثلاثة لا تصح عليهن، ولا توافق، وللإخوة الثلث بأربعة سهام، ولا تنقسم عليهن، ولا توافق، وللأخوات للأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن، ولا توافق، فتضرب أربعة فى أربعة وثلاثين، فما اجتمع ضربته فى سبعة وثلاثين، فما اجتمع ضربته فى المسألة، فما اجتمع، فمنه تصح المسألة.

مسألة: فإن كان من لا تنقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء، نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر، أخذت وفق عددهم لسهامهم، ثم ضربت بعض ذلك فى بعض، فما اجتمع ضربته فى أصل المسألة وعولها، وإن كانت عولاً، فما اجتمع صحت منه المسألة.

مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخًا لأم، واثنان وثلاثون أختًا لأب، المسألة من اثنى عشر، للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن، وللأخوة للأم الثلث بأربعة سهام، للإخوة للأب الثلثان بثمانية أسهم، لا ينقسم عليهم ويوافقهم بالنصف، فيرجعون إلى تسعة، وللأخوات الثلثان بثمانية أسهم، لا تنقسم عليهن وتوافقهن بالأثمان، فيرجعن إلى ثمنهن، وذلك أربعة، فتضرب ثلاثة أربعة فى سبعة، فذلك أربعة وثمانون، ثم فى أصل المسألة وعولها، وذلك خمسة عشر، فلذلك ألف ومائتان وسبعون، ومنها تصح المسألة من له سهم ضرب له فى أربعة وثمانين.

مسألة: فإن كانت الأعداد بموافقتها إياها لسهامها يوافق بعضها بعضًا، فأوقف وفق أحد الأعداد وأردد الأعداد الأخر إلى موافقتها للعدد الموقوف، فما رجع ضربت بعضه فى بعض، ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف وما اجتمع فى الأصل وعولها.

مثال ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أخًا لأم وثمانية وأربعون أختًا لأب، المسألة من اثنى عشر للزوجات الربع بثلاثة، لا ينقسم عليهن ولا يوافقهن، وللإخوة للأم الثلث

بأربعة أسهم، لا تنقسم عليهم وتوافقهم بالربع، فيردون إلى ربعهم، وذلك تسعة للأخوات للأب الثلثان ثمانية، لا تنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن، فيردون إلى ثمنهن، وذلك ستة، فتبقى معنا أربعة وستة وتسعة، فتوقف الستة، وتجد الأربعة توافق الستة بالنصف، والتسعة توافقها بالثلث، فتضرب نصف الأربعة فى نصف الستة تكن ستة، ثم تضربها فى الستة الموقوفة، تكن ستة وثلاثين، ثم تضربها فيما عالت إليه المسألة.

وذلك خمسة عشر تكن خمسمائة وأربعين منها تصح المسألة من كان له شيء فى أصل المسألة، ضرب له فى ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة فى ستة وثلاثين، وتكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللإخوة مائة وأربعة وأربعون وللأخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة.

مسألة: وإن كان من الأعداد بعد ردك إياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزأ أحدها عن سائرها، وإن كان أحد عدد الأجزاء منتسبًا إلى جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء، فإن الأكثر يجزئ عن الأقل، ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على ألقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر، فيفنيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوى الآخر، فإن لم يكن كذلك لم يكن جزءًا منه، ولا داخلاً فيه.

مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة، والآخر عشرين، فالخمسة داخلة فى العشرين، لأنك إن نسبتها منها، فهى ربعها، وإن زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها، وإن نقصت الخمسة من العشرين أفنتها، ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها، لأنك إن نقص من العشرين ستة ثلاث مرات، لم توافق بل يبقى منها اثنان، ولا تنسب منها بربع ولا خمس، وإنما هى ثلاثة أعشار.

مثال ذلك أربع نسوة وستة عشر أخًا لأم وأربعة وستون أختًا لأب، للزوجات ثلاثة سهام، لا تنقسم عليهن ولا توافقهن، وللإخوة لأم الثلث أربعة سهام، لا تنقسم عليهن ولا توافقهن بالأثمان، فيرجعن إلى ثمنهن، وذلك ثمانية، فصار عدد الزوجات، وما بقى من عدد الإخوة أربعة، فينوب أحدهما عن الآخر، ثم تجد الأربعة تدخل فى الثمانية، فتجزئ عنها، فتضرب الثمانية فى أصل المسألة وعولها، فذلك مائة وعشرون منها تصح المسألة من له شيء ضرب له فى ثمانية، فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة فى ثمانية وللإخوة للأم أربعة سهام مضروبة فى ثمانية.

فصل: ولا يخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة فى السهام وأربعة فى الأعداد، فالتى فى السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم، فلا يحتاج إلى ضرب أو لا تنقسم عليهم، ولا توافقهم، فتضرب عددهم فى المسألة وعولها، إن كانت عائلة.

والثانية أن لا تنقسم وتوافقهم، فتضرب وفق عددهم فى المسألة وعولها. وأما فى الأعداد، فأن تكون الأعداد متساوية، فيجزئ أحدها عن باقيها، أو يكون أحد العددين داخلاً فى الآخر وجزءًا منه، فيجزئ الأكثر عن الأقل.

أو تكون الأعداد مختلفة لا يوافق بعضها بعضًا، فتضرب بعضها فى بعض، ثم ما اجتمع فى أصل المسألة أو تكون الأعداد مختلفة ويوافق بعضها بعضًا، فإنك توقف أحد الأعداد الأخر إلى الجزء الموافق لها، ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه فى بعض، ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف.

فما اجتمع ضربته فى أصل المسألة وعولها، فما اجتمع صحت منه المسألة، وهذه طريقة البصريين فى التصحيح وللكوفيين طريقة أخرى سنذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر فى ذلك، وبالله التوفيق.

فصل: فى معرفة الموافقة بالأجزاء، وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما، فإن فنى به، فإنه يوافق بباقى أقل العددين من الآحاد، فإن بقى من العدد الكثير أقل من العدد القليل ما نقص ذلك من العدد القليل، فإن فنى توافقًا بأخذ العدد الذى يفنى به، وهكذا أبدًا لا تزال تنقص ما بقى من كل عدد مما يبقى من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر، فإن فنى بواحد، فليست بينهما موافقة، فإن فنى باثنين، فالموافقة بينهما بالنصف، وإن فنى بثلاثة، فالموافقة بينهما بالثلث، فإن فنى بأربعة، فالموافقة بينهما بربع، فإن فنى بأحد عشر، فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر، وكذلك سائر الأعداد.

ومثال ذلك إذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين، فتنقص من اثنين وثلاثين أربع مرات، فإنها تفنى فيعلم أنها توافقها بالأثمان، وإذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين، فانقص أحدًا وعشرين مرتين من التسعة والأربعين، يبقى سبعة، فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها، فاعلم أنهما يتفقان بالأسباع.

فإن قيل بما توافق مائة وعشرون، مائة وخمسة وستين، فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين، يبقى خمسة وأربعون، انقصها من المائة وعشرين مرتين، تبقى ثلاثون، ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرة تبقى خمسة عشرًا، انقصها من

الثلاثين مرتين تفنيها، فتعلم أنهما متفقان بأجزاء خمسة عشر، والله أعلم وأحكم.

* * *

فصل في الوصايا

إذا أوصى الميت بثلثه، فأردت قسمة تركته، فإنك تنظر إلى التى تنقسم عليه مثل نصفه، وإن أوصى بالربع زدت عليه مثل ثلثه، وإن أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه، وإن أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسه، وإن أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه، وإن أوصى بالثمن زدت عليه مثل سبعه، وإن أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه، وإن أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعه.

وذلك مثل امرأة توفيت وتركت زوجًا وأما وأختين لأب، المسألة من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس بسهم، وللأختين للأب الثلثان بأربعة أسهم، تعول إلى ثمانية.

فإن أوصيت بالثلث، زدت على الثمانية نصفها، وذلك أربعة، فتكون اثنى عشر، ومنها تصح المسألة فى الوصية، فإن لم يكن ما ذكرت ضربت الفريضة فى عدد يخرج منه جزء الوصية، وإن كانت بالثلث ضربتها فى ثلاث، وإن كانت بالربع ضربتها فى أربعة.

مسألة: ولو أوصى بوصيتين، ولم يكن أصل الفريضة له يزاد عليه أجزاء الوصايا، فاضرب أجزاء الوصايا بعضها فى بعض، فما اجتمع ضربته فى أصل الفريضة، فلو أوصى بثلث وربع.

فمثال ذلك امرأة توفيت وخلفت زوجًا لأب، أصلها من ستة تعول إلى سبعة للزوج النصف بثلاثة وللأختين الثلثان بأربعة، فإن أوصيت بالثلث، لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح، فتضرب الفريضة بعولها فى ثلاثة، فتكون إحدى وعشرين، فمنه تصح المسألة، ولو كان أوصى بثلث وربع لضربت ثلاثة فى أربعة ثم تضرب ما اجتمع فى الفريضة، فما اجتمع فمنه تصح الفريضة مع الوصيتين.

فصل: فى المناسخات، ومعنى ذلك أن يموت ميت، فلا ينقسم ماله حتى يموت بعض ورثته، فوجه العمل فى ذلك أن تصحح مسألة الميت الأول، ثم تصحح مسألة الثانى، ثم تقسم سهام الميت الثانى التى ورثها من الميت الأول على سهام مسألته؟، فإن انقسمت، فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى.

مثال ذلك أن تخلف المراة زوجها وأختين، فالمسألة من ستة تصح من سبعة، فإن ماتت إحدى الأختين فخلفت بنتها وأختها، فالمسألة من اثنين، ولها من الأولى سهمان، تنقسم على مسألتهما، فقد صحت المسألتان من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللأخت سهمان من المسألة الأولى، وسهم من الثانية ولبنت الميتة سهم.

مسألة: فإن لم تنقسم السهام التى ورثها الميت الثانى على سهام المسألة، ولم توافقها، فاضرب مسألته فى المسألة الأولى، فما اجتمع صحت منه المسألتان.

مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين، المسألة من ستة ثم ماتت إحدى الابنتين، وخلفت زوجًا وابنًا مسألتها من أربعة، وقد ماتت عن سهم لا ينقسم، ولا يوافقها، فاضرب فى المسألة الأولى، تكون أربعة وعشرين منها تصح المسألتان من له شيء من المسألة الأولى مضروب له فى أربعة، ومن له شيء من المسألة الثانية مضروب له فى السهم الذى ماتت عنه الثانية.

مسألة: فإن لم تنقسم السهام التى ورثها الميت الثانى على مسألته ووافقها، فاضرب وفق المسألتين فى المسألة الأولى، فما اجتمع صحت منه المسألتان.

مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين، المسألة من ستة، ثم مات الابنين، وخلف أحد امرأة وبنتًا وثلاثة بنى ابن مسألتهم من ثمانية أسهم، وقد مات عن سهمين توافق مسألته بالنصف، فاضرب نصف مسألته فى المسألة الأولى تكن أربعة وعشرين منها تصح المسألة.

فصل: فى قسم التركات إذا أراد قسمة التركات وكانت دنانير أو دراهم، أو ما يكال ويوزن، ويجمع فى القسم فصحح الفريضة على الورثة، ثم اضرب سهام كل وارث فى عدد التركة فما اجتمع قسمته على سهام الفريضة، فما خرج فهو نصيبه، وإن شئت قسمت التركة على المسألة، فما خرج ضربته فى سهام كل وارث، فما خرج فهو نصيبه، فإن وافق عدد التركة سهام المسألة، فخذ وفقها جميعًا ثم اعمل فى وفقها ما كنت عاملاً فيها، إما أن تضرب سهام كل وارث فى وفق التركة، فما اجتمع قسمته على وفق المسألة، فما خرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسألة، فما خرج بالقسمة ضربته.

* * *

من لا ميراث له

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ، وَالَّذِى أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا، أَنَّ ابْنَ الأَخِ لِلأُمِّ وَالْجَدَّ أَبَا الأُمِّ وَالْعَمَّ أَخَا الأَبِ لِلأُمِّ وَالْخَالَ وَالْجَدَّةَ أُمَّ أَبِى الأُمِّ وَابْنَةَ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ وَالْعَمَّةَ وَالْخَالَةَ لا يَرِثُونَ بِأَرْحَامِهِمْ شَيْئًا. قَالَ: وَإِنَّهُ لا تَرِثُ امْرَأَةٌ هِيَ أَبْعَدُ نَسَبًا مِنَ الْمُتَوَفَّى مِمَّنْ سُمِّيَ فِى هَذَا الْكِتَابِ بِرَحِمِهَا شَيْئًا، وَإِنَّهُ لا يَرِثُ أَحَدٌ مِنَ النِّسَاءِ شَيْئًا إِلا حَيْثُ سُمِّينَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِى كِتَابِهِ مِيرَاثَ الأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا، وَمِيرَاثَ الْبَنَاتِ مِنْ أَبِيهِنَّ، وَمِيرَاثَ الزَّوْجَةِ مِنْ زَوْجِهَا، وَمِيرَاثَ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، وَمِيرَاثَ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ، وَمِيرَاثَ الأَخَوَاتِ لِلأُمِّ، وَوَرِثَتِ الْجَدَّةُ بِالَّذِى جَاءَ عَنِ النَّبِىِّ ﷺ فِيهَا، وَالْمَرْأَةُ تَرِثُ مَنْ أَعْتَقَتْ هِيَ نَفْسُهَا؛ لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِى كِتَابِهِ: **﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِى الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾** [الأحزاب: ٥].

الشرح: وعلى ما ذكر أن زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يورثون ذوى الأحارم من الرجال، وهو ابن الأخ للأم، والجد أبو الأم، والعم للأم، والخال، فإنهم لا يرثون لأنهم ليسوا أهل فرض، فيحجبون العصبة، ولا أهل تعصيب، ومن النساء الجدة أم أبى الأم وابنة الأخ للأب والأم والعمة والخالة. والأصل فى ذلك ما قدمناه.

قال مالك: **«لا يرث من النساء إلا من سمى الله عز وجل فى كتابه»**، وثبتت السنة بميراثه، وهى سبعة تقدم ذكرهن، وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت توريثها بالسنة، وهذا ميراث. وأما ميراث الولاء، فترث المراة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت.

قال مالك: **«لأن الله عز وجل يقول فى كتابه: ﴿فإخوانكم فى الدين ومواليكم﴾»**، والاستدلال من هذا إنما يكون بأن يثبت الميراث بالولاء، وأن يكون ولفظ الجمع المذكور يقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ، فحينئذ تتناول الآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها، والله أعلم وأحكم.

* * *

ميراث أهل الملل

١٤٥٧ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ».

الشرح: معنى قوله: **«لا يرث المسلم الكافر»** يعنى ميراث المسلم مالا يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسلمًا من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم، وإلى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقًا بحديث النبى ﷺ، فانتهى إلى قوله، فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه؛ لكونهما أهل ملتين مختلفتين وإذا كان لا يرث المسلم الكافر، فبأن لا يرث الكافر المسلم أولى.

وروى عن معاذ ومعاوية ومحمد ابن الحنفية: يرث الكافر المسلم، وقد انعقد الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم.

مسألة: وأما المرتد، فلا ورثته المسلمون وماله فى بيت المال.

ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به، فلو ارتد رجل، فوقف للقتل، وله ابنان وأب، فمات أحد ابنيه، ورثه أخوه وحده بنصفين، ولا ميراث لأبيه المرتد، وإن راجع الإسلام المرتد بعد موت ابنه، فلا شىء له من الميراث؛ لأن الاعتبار بحال الموت دون غيرها من الأحوال، وهذا فى حال موت ابنه، لم يكن وارثًا له.

مسألة: وأما الزنديق، وهو الذى يظهر منه على كفر يسره، وهو مع ذلك يدعى الإسلام، فاختلف فيه العلماء، فقال مالك: يقتل ولا يقبل منه الإيمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب، ويراجع الإيمان.

وقال الشافعى: تقبل توبته، ولا يقتل، ولأبى حنيفة فى ذلك قولان أحدهما مثل قول

١٤٥٧ - أخرجه البخارى فى الحج ١٥٨٨. ومسلم فى الفرائض ١٦١٤. والترمذى فى الفرائض ٢١٠٧. وأبو داود فى الفرائض ٢٩٠٩. وابن ماجه فى الفرائض ٢٧٢٩، ٢٧٣٠. وأحمد فى مسند الأنصار ٢١٢٤٠، ٢١٢٤٥، ٢١٣٠١. والدارمى فى الفرائض ٢٩٩٧، ٢٩٩٩. والبيهقى فى الكبرى ٢١٧/٦، عن أسامة بن زيد. والحاكم فى المستدرك ٣٤٥/٤، عن عبدالله ابن عمرو. وعبدالرزاق فى المصنف برقم ٩٨٥٢، ١٥/٦، عن أسامة بن زيد.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٢/٧: هكذا قال مالك: عمر بن عثمان، وسائر أصحاب ابن شهاب يقولون: عمرو بن عثمان، وقد رواه ابن بكير عن مالك - على الشك - فقال فيه: عن عمر بن عثمان أو عمرو بن عثمان، والثابت عن مالك: عمر بن عثمان كما روى يحيى، وتابعه القعنبى وأكثر الرواة.

مالك، والثاني مثل قول الشافعي.

وقد تعلق أصحابنا في ذلك بقول الله تعالى: **﴿فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله﴾** [غافر: ٨٤]، وقالوا عن جماعة من أهل التفسير: إن البأس في الآية، السيف.

فإذا قلنا بذلك، فهل يرثه ورثته، اختلف قول مالك في ذلك، فروى عنه ابن القاسم: يرثه ورثته، وروى عنه ابن نافع وابن الماجشون: لا يرثه ورثته، فمقتضى رواية ابن القاسم أنه يقتل حدًا، ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر، والله أعلم وأحكم.

١٤٥٨ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ إِنَّمَا وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ، عَقِيلٌ وَطَالِبٌ، وَلَمْ يَرِثْهُ عَلِيٌّ، قَالَ: فَلِذَلِكَ تَرَكْنَا نَصِيبَنَا مِنَ الشِّعْبِ.

الشرح: قوله: **«إنما ورث أبا طالب، عقيل وطالب»** يريد أنهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر، وذلك أن عليًا وجعفرًا تقدم إسلامهما قبل موت أبي طالب، وبقي طالب وعقيل على ملتهما، فانفردا بميراثه، وإنما أسلما بعد موته عام الفتح، فلذلك لم يكن لعلي ولا لجعفر ولا لأحد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب.

مسألة: وإنما المراعى في التوارث اتفاق الدينين حال الوفاة، ولو أن نصرانيًا أسلم عند موته، وهو مريض، ورثه ورثته من المسلمين دون غيرهم، وجرى حاله في غسله والصلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين، ولو أن كافرًا توفي وترك حملاً، فولد له لكان على دين أبيه وورثه، قاله القاضي أبو الحسين، والله أعلم وأحكم.

١٤٥٩ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الأَشْعَثِ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَمَّةً لَهُ يَهُودِيَّةً أَوْ نَصْرَانِيَّةً تُوُفِّيَتْ، وَأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الأَشْعَثِ ذَكَرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَقَالَ لَهُ: مَنْ يَرِثُهَا فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: يَرِثُهَا؟ أَهْلُ دِينِهَا، ثُمَّ أَتَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ: أَتَرَانِي نَسِيتُ مَا قَالَ لَكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: يَرِثُهَا أَهْلُ دِينِهَا.

الشرح: قوله لابن الأشعث، وقد سأله عن عمته اليهودية: من يرثها، فقال له:

١٤٥٨ – أخرجه البخاري في الحج ١٥٨٨.

١٤٥٩ – انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى عبدالرزاق في المصنف برقم ٩٨٥٨، ١٧/٣، عن عمر بن الخطاب.

«يرثها أهل دينها» وذلك يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين، وهذا إذا كان أحدهما مسلمًا، والآخر غير مسلم دون خلاف فيه من الفقهاء، فإن كان أحدهما يهوديًا، والآخر نصرانيًا، فقد سئل مالك عن نصرانى تحته يهودية، فتوفى، فقال مالك: ليس ذلك إلينًا، فإن تحاكموا عندنا، فإنهم لا يتوارثون لأننا نحكم بينهم بحكم الإسلام.

مسألة: وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته، ثم أسلموا، فإنهم إنما يتوارثون بالميراث الأصلى الذى لا يغيره الإسلام، ولو تزوج مجوسى أمة، فولد له منها، وثم أسلموا، فمات المجوسى، فإن الزوجية قد بطلت بالإسلام، وثبتت الأمومة، وابنه هو ابنه وأخوه للأم، فإن الأم ترث السدس على أنها أم، وترث الابن على أنه ابن، وسقط حكم الأخوة للأم، ولو تزوج ابنته، وولد له منها ولدان، فأسلموت ثم توفى الرجل، فإن لابنته الخمس، وتسقط الزوجية، والباقى لابنبه، فإن توفى أحدهما، فلأمه الثلث وتسقط الأخوة ولأخيه الباقى.

وقد قال بعض أهل الفرائض: لها السدس؛ لأنها أخت، فتحجب نفسها مع الأخ إلى السدس.

مسألة: وهذا إذا علمت الأديان، فإن جهلت، مثل رجل توفى، وترك ثلاثة بنين، أحدهما صغير، وأحد الكبيرين مسلم، والثانى نصرانى، فأجعى المسلم أن أباه مات مسلمًا، وأن أخاه الصغير مسلم، وادعى النصرانى أن أباه مات نصرانيًا، وأن أخاه الصغير نصرانى.

فقد قال ابن القاسم فى المدونة فى رجل توفى، وترك ابنين، أحدهما نصرانى، والثانى مسلم، ادعى كل واحد منهما أن أباه مات على دينه: أن كل شىء لا يعرف لمن هو يدعيه رجلان، فإنه يقسم بينهما، فكذلك هذا.

وقال أبو غالب الفرضى: يتحالفان، ويقسم المال الآن نصفين، ثم يقال لهما إنكما استحقيتما المال بأيمانكما وكل واحد منكما يزعم أن الصغير أخوه وشريكه، فليعط كل واحد منكما الصغير شطر ما بيده، فيصير للصغير نصف مال المتوفى، والنصف الثانى بين الكبيرين.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما يقر بأن نصف المال للصغير، ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه، فيقسم بينهما بعد أيمانهما، وهو تفسير قول ابن القاسم.

مسألة: ولو ترك ابنين كبيرين، وابنة صغيرة، لكان على كل واحد منهما أن يدفع

إليها ثلث ما بيده؛ لأنهما قد اتفقا على الإقرار لها به، وتنازعا في الثلثين، فيقسم بينهما.

وقوله: وهذا يقتضى أنه يحكم فى مواريثهم بحكم الإسلام؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابى: يموت على كفره، ثم يسلم أحد ورثته، فإنهم يتقاسمون على مواريثهم، وإن كانوا من غير أهل الكتاب، فإنهم يتوارثون على مواريث الإسلام. وقال ابن نافع: أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثوون على مواريث الإسلام، وقاله سحنون.

مسألة: وهذا إذا لم يكن لواحد منهما بينة. قال ابن القاسم: وذلك إذا لم يكن معروف الحال فى الأصل، فإن كان يعرف بنصرانية، ولم تكن لهما بينة، فقال ابن القاسم في المدونة: هو على ذلك حتى يثبت إسلامه ببينة.

مسألة: فإن شهد لكل واحد منهما بينة، وتكافأت البينتان، فإنهما يقتسمان أيضًا، وليست الصلاة عليه بشهادة تامة فى كونه مسلمًا. وقال سحنون: المال للمسلم مع يمينه، وبينه الإسلام أولى؛ لأنهم زادوا فى شهادتهم على الأخرى، وهذا أيضًا إذا لم يكن معروف الحال.

قال القاضى أبو الحسن: فإن كان معلوم النصرانية، ثم ادّعى المسلم أنه أسلم وأقام بذلك بينة، فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم بإسلامه، وأقاما البينة، لكانت بينة المسلم أولى.

مسألة: وإن كان الموروث كافرًا، وجميع ورثته كفارًا، فاحتكموا إلينا، فإن رضوا أجمعون بحكم الإسلام ورثوا على ذلك، وإن أباه أحدهم، ردّوا إلى حكم بينهم، والله أعلم.

١٤٦٠ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِى حَكِيمٍ أَنَّ نَصْرَانِيًّا أَعْتَقَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ هَلَكَ، قَالَ إِسْمَاعِيلُ: فَأَمَرَنِى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنْ أَجْعَلَ مَالَهُ فِى بَيْتِ الْمَالِ.

الشرح: قوله: **«فأمره أن يجعل ماله فى بيت المال»** يريد أن من أعتق عبدًا نصرانيًا،

١٤٦٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٨.

فإنه لا يرثه بالولاء؛ لأن الولاء مشبه بالنسب، فإذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء، وكذلك الصهر.

فأما العبد يموت، وله مال، فإن المال لسيده، وليس على وجه الميراث، ولكن على وجه المال؛ لأن الرق يمنع الميراث، ولذلك لا يورث بسبب، وهو أقوى أسباب التوراث، فكل من فيه بقية رق من معتق إلى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد، فإنه لا يورث، وإنما يكون ماله لسيده بالملك إلا المكاتب يترك وفاء، فإنه إن ترك ورثة أحرارًا، أو ترك زوجة وأولادًا معه فى الكتابة، أو أولادًا ولدوا ليسوا معه فى الكتابة، فإن الزوجة والأولاد الذين كانوا معه فى الكتابة، والذين ولدوا فى الكتابة، يعتقون بأداء ما بقى عليه من الكتابة، فما بقى من المال لم ترث منه زوجته ولا أولاده الأحرار، وورثه أولاده الذين كانوا معه فى الكتابة، والذين ولدوا فيها، قاله مالك، وسيأتى ذكره بعد هذا فى المكاتب إن شاء الله تعالى.

١٤٦١ – مَالِك، عَنِ الثِّقَةِ عِنْدَهُ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: أَبَى عُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يُوَرِّثَ أَحَدًا مِنَ الأَعَاجِمِ إِلا أَحَدًا وُلِدَ فِي الْعَرَبِ.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ جَاءَتِ امْرَأَةٌ حَامِلٌ مِنْ أَرْضِ الْعَدُوِّ، فَوَضَعَتْهُ فِي أَرْضِ الْعَرَبِ، فَهُوَ وَلَدُهَا يَرِثُهَا إِنْ مَاتَتْ، وَتَرِثُهُ إِنْ مَاتَ، مِيرَاثَهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ.

الشرح: قوله: **«أبى عمر أن يورث أحدًا من الأعاجم، إلا أن يولد فى العرب»** وأما من ولد فى أرض الحرب، فلا يخلو أن تكون أسباب التوراث بينهما ما ثبتت ببينة أو لا تثبت إلا بمجرد الدعوى والإقرار.

فأما أن يسمى رجلان يذكر أنهما أخوان، فإنهما لا يمنعان من الانتساب بالأخوة، ولكن لا توارث بينهما، وكذلك لو سبيت امرأة، وهى حاملة طفلاً تزعم أنه ابنها، فإنه يقبل ذلك منها فى أنه لا يفرق بينهما، ولكنهما لا يتوارثان بذلك.

فرع: فلو جاءت امرأة حاملاً فولدت ببلد الإسلام توارثا، ولو ولدت توأمين توارثا بالأخوة لأب وأم.

فصل: فإن شهدت بذلك بينة، فلا يخلو أن تكون من المسلمين أو منهم، فإن كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم، فيعلمون ذلك ويشهدون به، فإنهم

١٤٦١ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٩.

يتوارثون بذلك.

وأما إن شهد به بعضهم ممن أسلم، وعرفت عدالته، فإنهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا، فيتوصلون بذلك إلى قصر أموالهم عليهم.

مسألة: وأما إن أسلم أهل البلد بجملتهم، فبقوا فى مكانهم، أو تحملوا بجماعتهم، فيشهدون بذلك، فإنها تقبل شهادتهم؛ لأن خبرهم يقع به العلم ويبعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا، فزالت التهمة.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالسُّنَّةُ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا، أَنَّهُ لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِقَرَابَةٍ وَلا وَلاءٍ وَلا رَحِمٍ وَلا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ لا يَرِثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهُ وَارِثٌ، فَإِنَّهُ لا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا مصاهرة، ولا يحجب من وجوده وعدمه سواء فى الحجب، فلو أن رجلاً مسلمًا، توفى وترك أبًا كافرًا وأخًا مسلمًا، ورثه أخوه دون أبيه، ولو ترك أبوين مسلمين، وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث، ولم يحجبها الأخوان الكافران عن الثلث إلى السدس؛ لأن من لا يرث لا يحجب. ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث.

فأما من كان من أهل الميراث، فإنه قد يحجب، وإن لم يرث، فإن منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين، فإن الأخوين لا يرثان؛ لأن الأب يحجبهما، وهما يردان الأم إلى السدس.

وكذلك الإخوة من الأم والإخوة للأب مع الزوج والجد، فإنه لا يبقى بعد ميراث الزوج والجد إلا الثلث والإخوة للأم يحجبون للأب عنه؛ لأنهم أهل فرض والإخوة للأب عصبة ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض، ثم الجد يحجب الإخوة للأم عنه؛ لأنه لا يرث الإخوة للأم مع وجود وارث ذكر من عمود النسب، والله أعلم وأحكم.

* * *

من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك

١٤٦٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ، أَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَثْ مَنْ قُتِلَ يَوْمَ الْجَمَلِ وَيَوْمَ صِفِّينَ وَيَوْمَ الْحَرَّةِ، ثُمَّ كَانَ يَوْمَ قُدَيْدٍ، فَلَمْ يُوَرَّثْ أَحَدٌ مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا إِلا مَنْ عُلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ قَبْلَ صَاحِبِهِ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ الأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ وَلا شَكَّ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

الشرح: قوله **«أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل، ويوم صفين، ويوم الحرة، ويوم قديد»** وذلك أن هذه الأيام كانت فيها حروب شداد، قتل فى كل واحدة منها عدد عظيم من الناس، حتى تناول ذلك كثيرًا ممن كان يتوارث، فجهل المقتول منهم أولا، فلم يكن بينهم توارث لذلك.

ومثال ذلك أن يكون أخوان لأبوين، فيقتتلان فى مثل ذلك اليوم، فلا يعلم أيها قتل أولاً، فهذان لا يرث أحدهما من الآخر، وإن كان لا يحجب عن ماله، ويرث كل واحد منهما من بقى من ورثته إن كان بقى له وارث خاص، فإن لم يبق له وارث خاص فبت المال.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِى كُلِّ مُتَوَارِثَيْنِ هَلَكَا بِغَرَقٍ أَوْ قَتْلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَوْتِ إِذَا لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ، لَمْ يَرِثْ أَحَدٌ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا، وَكَانَ مِيرَاثُهُمَا لِمَنْ بَقِىَ مِنْ وَرَثَتِهِمَا يَرِثُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَرَثَتُهُ مِنَ الأَحْيَاءِ.

قَالَ يحيى: وسمعت مالكًا يقول: لا يَنْبَغِى أَنْ يَرِثَ أَحَدٌ أَحَدًا بِالشَّكِّ، وَلا يَرِثُ أَحَدٌ أَحَدًا إِلا بِالْيَقِينِ مِنَ الْعِلْمِ وَالشُّهَدَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ يَهْلَكُ هُوَ وَمَوْلاهُ الَّذِى أَعْتَقَهُ أَبُوهُ، فَيَقُولُ بَنُو الرَّجُلِ الْعَرَبِىِّ: قَدْ وَرِثَهُ أَبُونَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُمْ أَنْ يَرِثُوهُ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلا شَهَادَةٍ إِنَّهُ مَاتَ قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ مِنَ الأَحْيَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن كل متوارثين جهل أولهما موتًا، فإنهما لا يتوارثان، وكذلك القوم يكونون فى البيت، فيهدم عليهم فيموتون، فلا يعلم أيهم أسبق موتًا، فهؤلاء لا يتوارثون، ولا يرث قرابة أحدهم من الآخر بأى وجه كانت قرابته بأبوة، أو بنوة، أو أخوة، أو عصبة، أو بولاء، أو مصاهرة، ما لم يعلم أيهم مات أولاً، وكذلك

١٤٦٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٠.

القوم يكونون فى السفينة، فيغرقون، فلا يعلم أيهم مات أولا.

ولو رؤى أحدهم رافعًا رأسه، ثم غرق لم يرث، ولم يورث؛ لأنه لا يعرف هل مات من كان يتوارث معه قبله أو بعده.

أصل ذلك إجماع الصحابة، وقد توفيت أم كلثوم بنت على بن أبى طالب رضى الله عنهما من فاطمة رضى الله عنها، وهى زوج عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابنها منه زيد فى وقت واحد، فلم يدر أيهما مات أولاً، فلم يرث أحدهما من الآخر، وكذلك إجماع الصحابة ومن بعدهم من التابعين على هذا الحكم فى الأيام المذكورة قبل هذا، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «ولا يرث أحد أحدًا بالشك، ولا يرثه إلا بيقين من العلم والشهداء» يريد أن يعلم ذلك الشهداء ويتيقنونه، ثم يشهدون، وإذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل، لم يورث بعضهم من بعض.

فصل: ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته. فأما من لم تعلم حياته، فلا يرث، ولا يورث، فإذا ولد مولود، فعلمت حياته بصراخه، ورث وورث، وإن لم يصرخ، لم يرث ولم يورث.

وروى أبو غالب الفرضى، سئل مالك عن المولود، يولد فيتحرك أو يرضع، ويعطس أو يمكث يومًا وليلة، وهو حى يتنفس، ويرضع أو أكثر من يوم وليلة، ولم يستهل صارخًا أنه لا يرث، ولا يورث، ولا يصلى عليه، والاستهلال الصراخ، وهو البكاء والصياخ خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: إن حركته دليل على حياته.

والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ، فلم تدل على الحياة ـ كالاختلاج.

فرع: فأما طول الرضاع، فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة. وقد قال القاضى أبو محمد: إن أقام أيامًا، فإنها تثبت بذلك حياته.

وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة.

ووجه القول الثانى أن من الحركات ما يشبه الاختلاج، فلا يدل على الحياة، ومنها ما يدل على الحياة، وهذا موجود ومشاهد فى الكثير، وإنما الجواب عندى فى هذه المسألة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ، وذلك معلوم بالعادة، وذكر القاضى

أبو محمد أنه اختلف فى العطاس.

مسألة: فإن ماتت أمه أو موروثه قبل أن يستهل صارخًا، ثم استهل صارخًا بعد ذلك، فقد روى أبو غالب: أن الاستهلال ثابت له بصراخه. ووجه ذلك أنه يعلم وجود حياته فى وقت موت موروثه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الأَخَوَانِ لِلأَبِ وَالأُمِّ يَمُوتَانِ، وَلأَحَدِهِمَا وَلَدٌ وَالآخَرُ لا وَلَدَ لَهُ، وَلَهُمَا أَخٌ لأَبِيهِمَا، فَلا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ، فَمِيرَاثُ الَّذِى لا وَلَدَ لَهُ لأَخِيهِ لأَبِيهِ، وَلَيْسَ لِبَنِى أَخِيهِ لأَبِيهِ وَأُمِّهِ شَىْءٌ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنْ تَهْلَكَ الْعَمَّةُ وَابْنُ أَخِيهَا أَوِ ابْنَةُ الأَخِ وَعَمُّهَا، فَلا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ، لَمْ يَرِثِ الْعَمُّ مِنِ ابْنَةِ أَخِيهِ شَيْئًا، وَلا يَرِثُ ابْنُ الأَخِ مِنْ عَمَّتِهِ شَيْئًا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأخوين للأبوين إذا ماتا؛ ولأحدهما ولد، والآخر لا ولد له، ولهما أخ الأب، فلا يعلم أى الشقيقين مات أولا، فميراث الذى لا ولد له لأخيه لأبيه، وميراث الأخ لأبيه، ولا يورث أحد الشقيقين من الآخر؛ لأنه قد جهل أولهما موتًا، وعلى ذلك سائر المواريث، والله أعلم.

* * *

ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا

١٤٦٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقُولُ فِى وَلَدِ الْمُلاعَنَةِ وَوَلَدِ الزِّنَا: إِنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرِثَتْهُ أُمُّهُ حَقَّهَا فِى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِخْوَتُهُ لأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَيَرِثُ الْبَقِيَّةَ مَوَالِى أُمِّهِ، إِنْ كَانَتْ مَوْلاةً، وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً، وَرِثَتْ حَقَّهَا وَوَرِثَ إِخْوَتُهُ لأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَكَانَ مَا بَقِىَ لِلْمُسْلِمِينَ.

١٤٦٤ - قَالَ مَالِك: وَبَلَغَنِى عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

١٤٦٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦١.

١٤٦٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥/٥١٠.

الشرح: قوله: **«أن ولد الملاعنة ترثه أمه وإخوته لأمه»** ومعنى ذلك أنهم يتوارثونه على سنة الله تعالى لأمه الثلث، وإن لم يكن له أخوان فأكثر، فإن كان له أخوان فأكثر، فلأمه السدس ولأخيه السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك، فهم شركاء فى الثلث.

وأما زوج أمه الذى انتفى منه باللعان، فلا توارث بينهما، ولو أكذب نفسه واستلحقه، وذلك فى حياة الابن، فإن الأب يجلد حد الفرية، ويلحق به الولد فيتوارثان.

وإن استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن، فلا يخلو أن يكون للابن ولدًا، و لا يكون له، فإن لم يكن له ولد جلد الحد، ولم يرثه، وإن كان له ولد ذكرأو أنثى جلد الحد، وورثه مع ولده.

ووجه ذلك أنه إنما يستلحق الحى، فإذا مات، ولم يخلف ولدًا يلحق نسبه بالاستلحاق، ولم يكن للاستلحقاق تأثير، ولا معنى، وإذا ترك ولدًا صح استلحاقه، وثبت نسبه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان، فولدت توأمين فإنهما يتوارثان إخوة لأب وأم، فإن مات أحدهما، وترك أمه وأخاه التوأم معه، ورثت أمه الثلث، وورث أخوه الباقى، ولو كان لأمه ولد من الزوج الذى نفى هذا الحمل ولدته قبل هذا الحمل، فمات أحد التوأمين فإن الولد الذى ولدته حال الزوجية أخو المتوفى لأمه، فيرث منه السلبس، وترث أمه السدس، ويرث الباقى التوأم معه.

وأما ولد الزنا، لو أن مغتصبة أو زانية ولدت توأمين فى بطن، فإنهما يتوارثان بالأمومة خاصة.

والفرق بينهما أن ولد الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها، فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه. وأما ولد المغتصبة وولد الزانية، فليس فى الوطء الذى هما عنه ضبة، وإنما هو محض الزنا، فليس بينهما نسب إلا بالأمومة.

وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب، فإن التوأمين عند المغيرة أخوان. وذكر ابن سحنون فى كتاب السر: هما أخوان لأم وأب، وبه قال القاضى أبو الحسن، قال: والفرق بين توأمى الزنا والمغتصبة أنهما، وإن كانا لا يعرف لهما أب، فإنه يجوز أن يعرف بعد هذا، بخلاف توأمى الزنا، فإنه لا يثبت لهما أب بوجه، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«وورث البقية موالى أمه، إن كانت مولاة»** يريد أنهم الذين أعتقوا

أمه، فهم من مواليهم، فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه.

وقوله: **«وإن كانت عربية ورثت حقها، وورث إخوته لأمه حقوقهم، وكان ما بقى للمسلمين»** يريد أن تكون عربية باقية على أصل الحرية، ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم.

وأما الحرة، فإن عشيرتها ليسوا بعصبة ولدها، وإنما هم أخواله، فلا حق لهم فى الميراث. وأما الولاء، فإن الرجل يرث من تعتقه أخته وابنته؛ لأن له الحكم التعصيب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما توارث المتلاعنين فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان، فإن كان الزوج أكمل لعانه، ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها إلا أن تخمس بالغضب، فإنه يرثها، ولو مات الزوج بعدما التعن، وتم لعانه بالخمس، فإنه يقال للمرأة التعنى وادرئى عن نفسك العذاب.

فإن التعنت تم بذلك اللعان بينهما، ووجبت الفرقة، ولم ترثه، وإن نكلت عن اللعان، فلها الميراث من زوجها، وعليها الجلد إن كانت بكرًا والرجم إن كانت محصنة.

ووجه ذلك أن بتمام اللعان بينهما تقع الفرقة، ويبطل الميراث، والله أعلم وأحكم.

* * *



كتاب العتاقة والولاء

من أعتق شركا له فى مملوك

١٤٦٥ - مَالِك، [عَنْ نَافِعٍ](1)، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

الشرح: قوله: «من أعتق شركًا له فى عبد» لفظ عام فى كل معتق، فإن كان العبد مسلمًا لمسلمين، فأعتق أحدهما حصته، قوم عليه الباقى على ما يأتى بعد هذا، وإن كان العبد نصرانيا لمسلمين، فأعتق أحدهما حصته، ففى الموازية وغيرها: يقوم على المعتق منهما، وكذلك إذا كان العبد مسلمًا لنصرانيين، يريد أن العبد المسلم يعتق

١٤٦٥ - أخرجه البخارى فى العتق ٢٥٢٢. والترمذى فى الأحكام ١٣٤٦، ١٣٤٧. والنسائى فى البيوع ٤٦٩٦، ٤٦٩٧. وأبو داود فى العتق ٣٩٤٠، ٣٩٤٣، ٣٩٤٦، ٣٩٤٧. وابن ماجه فى الأحكام ٢٥٢٨. وأحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٩، مُسند المكثرين من الصحابة ٤٤٣٧، ٤٦٢١، ٤٨٨٣، ٥١٢٨، ٢٧٢٧٤، ٥٨٨٤، ٦٠٠٢، ٦٢٤٣، ٦٤١٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٤١٥: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: من أعتق شركا له فى عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد؛ وتابعه ابن القاسم، وابن وهب، وابن بكير فى بعض الروايات عنه. وقال القعنبى: من أعتق شركا له فى مملوك، أقيم عليه قيمة عدل ولم يقل: فكان له مال يبلغ ثمن العبد، وقد تابعه بعضهم أيضا، عن مالك؛ ومن ذكر هذه الكلمة فقد حفظ وجود، ومن لم يذكرها سقطت له ولم يقم الحديث؛ ولا خلاف بين أهل العلم أن هذه اللفظة مستعملة صحيحة وأن التقويم لا يكون إلا على الموسر الذى له مال يبلغ ثمن العبد - كما قال هؤلاء فى الحديث: يحيى ومن تابعه، وهذا الصحيح الذى لا شك فيه؛ وقد جود مالك رحمه الله حديثه هذا، عن نافع وأتقنه، وبان فيه فضل حفظه وفهمه، وتابعه على كثير من معانيه عبيدالله ابن عمر.

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وهو مذكور فى موطأ مالك رواية يحيى بن يحيى، والتمهيد لابن عبد البر.

أحدهما حصته يقوم على المعتق حصى شريكه، وبه قال الشيخ أبو القاسم، حكاه عنه القاضى أبو محمد، وحكى عن المذهب نفى التقويم.

قال: وجه ذلك أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى، والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى.

قال: ووجه إيجاب التقويم أن فى تكميل العتق ثلاثة حقوق، أحدها لله تعالى. والثانى: للشريك. والثالث: للعبد، فيجب على هذا أن يكمل على النصرانى المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم؛ لأنه حكم بين النصرانى ومسلم، وإذا كان العبد نصرانيًا لمسلم، ونصرانى، فأعتق حصته المسلم، قومت عليه حصة النصرانى.

وإن أعتق النصرانى حصته، قال ابن القاسم: لا يقوم عليه حصة المسلم؛ لأن العبد النصرانى لو كان جميعه للنصرانى، فأعتق بعضه أو جميعه، لم يحكم عليه بعتقه سحنون. وقال غيره: يقوم عليه.

ووجه ذلك أنه حكم بين مسلم والنصرانى، فطلب فيه حكم الإسلام كما لو كان العبد المسلم لنصرانى ومسلم.

وأما إن كان العبد النصرانى لمسلم ونصرانى، فابتدأ المسلم العتق، فإنه تقوم عليه حصة النصرانى، وإن أعتق النصرانى، فلا يقوم عليه عند ابن القاسم وأشهب. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: تقوم على من أعتق منهما.

وجه القول الأول أن العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان، فليس لحاكم الإسلام أن يحكم بينهما.

ووجه القول الثانى أن الحق فى ذلك للشريك، وهو مسلم، لزم أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

مسألة: ولو كان العبد لعبد وحر، فأعتق العبد حصته، ففى الموازية: لا عتق له إلا بإذن السيد، فإن أذن السيد فى ذلك قوم فى مال السيد، كان للعبد مال أو لم يكن، وكذلك لو كان بغير إذنه ثم أجاز. قال سحنون فى كتاب ابنه: ويستوعب فى ذلك مال السيد.

وإن احتيج إلى بيع رقبة العبد، قال سحنون، وهو فى العتبية لأصبغ عن ابن القاسم: لو قال السيد قوموه على العبد فيما يبدو، لم يقوم عليه.

ووجه ذلك أن الجناية فى هذا إنما هى من قبل السيد؛ لأنه لولا إذنه لم ينفذ عتق العبد، فوجب أن يكون فى ماله، ثم إن شاء هو أن يتنزع مال العبد كان له ذلك.

فصل: وقوله: **«إن من أعتق شركًا له فى عبد»** يريد نصيبًا له فى عبد، وذلك يقتضى نفاذ عتقه فى حصته وقد قال مالك: سواء أعتق بإذن شريكه أو بغير إذنه، لابد أن يقوم أو يعتق.

ووجه ذلك أنه حق لله تعالى، فلا يجوز إذن السيد فيه.

فصل: وقوله: **«فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه»** يقتضى والله أعلم أنه إن كان موسرًا بثمن العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا، فلو كان معسرًا، فهل لشريكه التقويم عليه أم لا، قال مالك فى كتاب ابن المواز: لشريكه أن يقوم عليه حصته، ويتبعه فى ذمته. وقال ابن القاسم فى المدونة: ليس له ذلك.

ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذى لم يعتق ولا ضرر فى ذلك على المعتق، وهو جان، فللمجنى عليه أن يتبع منه بجنايته، وهى ما أدخل فى حصته من ضرر شريكه المعتق.

ووجه قول ابن القاسم أن هذا متعلق بماله دون ذمته، فليس لشريكه أن يعلق ذلك بذمته، والله أعلم.

مسألة: ولو كان معسرًا يوم العتق، فرفع إلى الحاكم، فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر، فلا يقوم عليه، ولو لم يرفع حتى أيسر، ففيه روايتان، أحدهما: إثبات التقويم عليه. والأخرى: نفيه.

قال القاضى أبو محمد: وجه إثبات التقويم عموم الخبر قوله ﷺ: «فكان له مال» وذلك عام فى جميع الأوقات. ومن جهة المعنى أن هذا موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك، فلزمه التقويم كالذى أيسر يوم العتق.

ووجه الرواية الثانية أن هذه جناية، فكان الاعتبار بيسر الجانى يوم الفعل دون يوم الجناية كسائر الجنايات، وفى هذا الدليل نظر؛ لأن سائر الجنايات متى أيسر بعد ذلك لزمه أرش الجناية.

مسألة: ومما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه، ومن يعرفه، فإن لم يعلموا مالاً له، أحلف، ولم يسجن، قاله عبدالملك فى كتاب ابن سحنون. قال سحنون: وقاله أصحابنا جميعًا إلا اليسير، فلا يستحلف عندهم.

وجه القول الأول أن ظاهر عدمه يكفي منه ما تقدم، فيلزمه أن يحلف ليبرأ باطنه كالمفلس بالدين.

ووجه القول الثاني أن هذه يمين إن نكل عنها لم يسجن، ولا قضى عليه المال، فلا تأثير لها، فوجب أن يبطل.

مسألة: قال مالك في الموازية: وتباع في ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب، ويترك له كسوة ظهره وعيشه الأيام. قال أشهب: إنما يترك له ما يواريه لصلاته. قال عبدالملك: إنما يترك له ما لا يباع على المفلس.

ووجه ذلك أن حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به، ومن تعلق حق العتق بماله، لم يترك له إلا ما يواريه للصلاة كالرقبة تلزمه لظهاره.

مسألة: وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل، فلا حكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما ديونه، فإن كانت على أملياء حضور وأمدها قريب، قومت في ذلك، وتتبع ذمته وإن كانت منسية أو أهلها غيب، فليس عليه أن يخرج منها عبده، قاله ابن الماجشون. وفي كتاب ابن المواز: ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع، وينتظر تلوما له لا ضرر فيه.

مسألة: ومتى يراعى حاله، قال ابن نافع: إنما ينظر إلى حاله يوم التقويم، فإن كان له قوم عليه، وإن كان يوم العتق معسرًا. وقال مطرف عن مالك: إن كان أعتق وهو معسر، فإن كان عدمه بينًا عند الناس كلهم ثم أيسر، فلا تقويم عليه، إلا أن يكون العبد غائبًا. وروى ذلك كله ابن حبيب.

ووجه القول الأول أن حال العبد، إنما يعتبر حال التقويم، فكذلك حال العتق.

فصل: وقوله: «**من أعتق شركًا له في عبد**» يحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق، ويحتمل أن يكون بغيره إذا تضمن معنى العتق. وقال مالك في العتبية والموازية في عبد بين رجلين، قال أحدهما للعبد: قد وهبتك نصيبي منك، فإنه يعتق، ويقوم عليه حصة شريكه كما لو قال كعبد يملك جميعه: وهبتك نفسك لكان عتقًا، وقاله سحنون.

ومعنى ذلك أن ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق.

مسالة: ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلاً أو مؤجلاً، فإن كان معجلاً، ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون فيمن أعتق حصته من عبد إلى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم: يقوم عليه الآن ليعتق إلى الأجل.

قال سحنون: وقال آخرون: إن شاء التمسك قوّم عليه الساعة، وكان جميعه حرًا إلى السنة، وإن شاء تماسك، وليس له بيعه قبل السنة إلا من شريكه.

فإذا تمت السنة قوّم على مبتدئ العتق بقيمة يوم التقويم، وقاله عبدالملك بن الماجشون، وهذا إن تماسك الثانى، ولو عجل الثانى العتق، فروى عيسى عن ابن القاسم: يقوم خدمته إلى السنة، فيؤخذ من معجل العتق، ويدفع إلى صاحبه. قال: ثم رجع، وقال: يقتضى عليه بعتق نصفه الآن، ونصفه إلى سنة، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائه لغيره.

مسألة: ولو بتل الأول، وأجل الثانى، ففى المدونة لابن القاسم: يفسخ ما صنع، ويضمن شريكه حصته، وكذلك لو دبر حصته. قال ابن سحنون: ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم: إن أعتق الثانى حصته إلى أجل أو كاتب، أو دبر، وشريكه موسر، لم يكن ذلك له، ولو كان معسرًا، جاز ذلك.

قال القاضى أبو محمد: إذا أعتق الثانى إلى أجل، فهو كمن لم يعتق، ودفعت إليه القسمة، ونجز العتق. وقال عبدالملك: يقع العتق منجزًا منهما، رواه ابن سحنون عن المغيره، قال: لأن الثانى ترك التقويم، واستثنى من الرق ما ليس له.

مسألة: ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه. قال القاضى أبو محمد: ووجه ذلك أن الجناية لتبعيض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لإعتاقه والتقويم إنما يلزم بالجناية.

فصل: وقوله: **«فإن كان له مال يبلغ ثمن العبد»** يريد حصة الاشتراك منه **«قوم قيمة عدل»**. ومعنى ذلك أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقى من العبد، قال: فإن كان له مال يبلغ بعض ذلك، فقد روى القاضى أبو محمد: يقوم من نصيب شريكه بقدر ماله، فيعتق عليه، ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق. قال سحنون: إن وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن تافهًا، لا ينزع مثله لغرمائه من الثوب له، والفضل فى قوته والشىء الخفيف.

قال القاضى أبو محمد رضى الله عنه: وذلك أنه يقتضى أن ما يعتق عليه باقيه بتقويم السلطان لا قبل ذلك. ومعنى ذلك أن لشريكه أن يعتق حصته إن شاء، وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

وروى أشهب عن مالك فى الموازية: ولو أقام شهرًا أو خمسة أشهر ساكتًا كان له

أن يعتق. ومعنى ذلك إنما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية، قال القاضى أبو محمد: وهو أظهر الروايتين.

ومعنى أنه إذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا، فإن أراد أن يعتق، فذلك له دون المبتدى بالعتق، وإن لم يرد المبتدئ بالعتق إتمام عتق العبد، وقد قيل فى المبتدئ: يعتق نصيبه: يعتق عليه بالسراية، قاله الشيخ أبو القاسم، وأنه ضامن لنصيب شريكه. قال القاضى أبو محمد: وهو قول الشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه ﷺ أنه قال: «قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم، وعتق العبد»، فشرط فى عتقه التقويم.

ومن جهة المعنى أن تصرف الإنسان فى ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع، ولأن التقويم لإزالة الضرر عن الشريك إنما يكون بالحكم كالشفعة. وقد قال القاضى أبو محمد فى معونته: لا يعتق بالسراية فى أظهر الروايتين، وهذا يقتضى رواية أخرى أن العتق يكون بالسراية.

ووجه هذا القول أنه أعتق بعض عبد، فيكمل عليه باقيه، فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه له.

فرع: فإذا قلنا لا يكمل إلا بحكم، فقد قال القاضى أبو محمد وغيره: ليس للشريك أن يقول: أنا أرضى ببقاء حصتى على حكم الرق، ولا أريد التقويم على مبتدئ العتق. وروى البصريون عن مالك: لا ينظر إلى قول العبد لا أريد تكميل عتقى.

ووجه ذلك أنه حق لله تعالى متعلق به، فليس للسيد ولا للعبد إسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه.

فصل: وقوله ﷺ: **«قوم عليه قيمة عدل»** يريد قيمة لا زيادة فيها، ولا نقص، وفى الموازية: يعتق عليه بما أفاد بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته، ولو كانت أمة قومت بما لها وولدها، وكذلك لو دخله عيب، فإنما عليه قيمته يوم الحكم، قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب.

قال مالك فى العتبية فى العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط: يقوم بموضعه، ولا ينقل إلى الفسطاط. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى جارية بين رجل وزوجته أراد شراءها، فأبت عليه زوجته، فتزايدا فيها حتى بلغت ستمائة دينار، فشاور

المخرومي واستغلاها، فقال له: أعتق حصتك منها، ولا يلزمك إلا القيمة، ففعل فرفع إلى ابن عمر فأمر بإعادة النداء عليها، فإن زيد على ستمائة، وإلا ألزمها بالستمائة، فاستحسن ذلك، وكان ابن أبي حازم يقول: دمر المسكين دمر.

وقد قال مالك فيمن أعطى برأس له ثمنًا، فم قتله رجل بحدثان: ذلك يلزمه الأكثر من الثمن أو القيمة. قال أبو بكر بن محمد: قال سحنون: لا يلزمه إلا القيمة.

مسألة: ولو ادعى مبتدئ العتق فيه عيبًا كالإباق والسرقة، وأنكر ذلك المتمسك، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال: لا يحلف بدعواه، ويقوم سليمًا، ثم رجع، فقال: يحلف. قال أصبغ: وبه آخذ.

وجه القول الأول أن هذا مجرد دعوى، فلا يتعلق بها يمين في عيب كالمشتري يدعي عيبًا فيما اشتراه.

ووجه القول الثاني أن المعتق يدعي على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة، ويضيف ذلك إلى علمه، فلا يستحق جميعها إلا بعد يمينه.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى، فأقام شاهدين، فإنه يقوم معيبًا، وإن أقام شاهدًا واحدًا، أحلف، فإن نكل حلف المتمسك ما علم بما ذكر من العيب، قاله مالك في العتبية والواضحة. وقال ابن المواز: لا يوجب الشاهد على العدل يمينًا.

وقال أشهب وابن عبدالحكم: يحلف للمتمسك إذا شهد بالعيب غير العدل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «يقوم عليه» لفظ يقتضي أن المبتدئ بالعتق واحد، ولو كانا اثنين ابتدءا بالعتق معًا، فإنه يقوم عليهما، فلو كان لأحد الشركاء نصفه، وللآخر ثلثه، وللثالث سدسه، فأعتق صاحب الثلث والسدس معًا، فلمالك في الموازية: يقوم على كل واحد منهما بقدر ما له فيه كالشفعة في اختلاف الأنصباء.

قال سحنون: وهو قول ابن القاسم وأشهب. قال ابن المواز: وقال المغيرة: يقوم بينهما بنصفين، وكان يقول بالأول، ثم رجع عنه. قال سحنون: وبالقول الثاني، قال عبدالملك ورواه ابن نافع عن مالك.

وجه القول الأول أنه حق يتعلق بمال لإزالة الضرر عن الشركاء، فكان على قدر الأنصباء كالشفعة.

ووجه القول الثانى أن الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق، وذلك لا يختلف بقلة السهم وكثرته، فوجب أن يستويا فى ذلك.

فرع: فإن كان أحدهما معسرًا والآخر موسرًا، ففى الموازية: أن مالكًا وأصحابه أجمعوا على أنه يتم عتقه على الموسر. وروى ابن حبيب عن مالك: أنه لا يقوم عليه إلا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرًا. قال ابن حبيب: وهو قول جميع المصريين.

قال: ورواه سحنون عن مالك عن عبدالملك، وقوم من أصحابنا لم يسمهم.

وجه القول الأول أن الموسر، لو انفرد بعتق نصيبه للزمه باقى العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شىء، فلم يكن لجناية المعسر تأثير كما لو انفرد واحد منهما.

ووجه القول الثانى أن الجناية موجودة منهما، وهى توجب التقويم، فلم يقوم على احدهما إلا على حسب ما يقتضيه الاشتراك كما لو كانا مليين.

مسألة: ولو أعتق أحدهما أولا وهو معسر، ثم أعتق الثانى بعده، وهو موسر، ففى كتاب ابن حبيب، قال مالك وجميع أصحابه: لا يقوم على الثانى. وقال ابن نافع: يقوم على الثانى إن كان مليًا.

وعاب ذلك ابن حبيب. قال سحنون: واحتج ابن نافع لذلك، فقال: أرأيت إن أراد المتمسك أن لا يقوم، ويرضى بالضرر، وأبى العبد، أليس ذلك للعبد، يريد أن ذلك فيه حق للعبد. والثانى قد أدخل فيه من تبعيض العتق ما أدخله الأول، فإذا لم يكن للعبد أن يقوم على الأول لعسره، قوم على الثانى.

ووجه قول مالك أن التقويم إنما يختص بمن ابتدأ العتق، ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بالرق، وهذا معدوم فى الثانى؛ لأنه لم يبتدئ العتق، فلا يلزمه التقويم.

فرع: ومن ورث جزءًا من أبيه لم يتم عليه عتقه، ثم إن ابتاع مما رق منه شيئًا أو وهب له، أعتق ذلك الجزء فقط، ولم يتم عليه باقيه مالك فى الموازية. وروى سحنون عن ابن نافع: يقوم عليه الباقى.

ووجه ذلك أن الجزء الذى أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر فى الملك، ولم يكن من فعله، فلا يقوم عليه، ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه باقية؛ لأن ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث، ولا صنع له فيه، ولذلك قال الشيخ أبو محمد: وذلك إذا اشترى وقبل الهبة بعد ما ورث منه.

ووجه ذلك أن الميراث معنى يعتق به عليه ما ملك منه، فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كما لو ابتاع جزءًا فأعتقه، ثم ابتاع جزءًا آخر.

فرع: ولو وهب له جزء ممن يعتق عليه، فقبله تمم عليه عتقه، وإن لم يقبله عتق الجزء وحده، رواه ابن المواز عن مالك. وقال ابن الماجشون: إن قبله أو لم يقبله لا تقويم عليه، ويعتق ذلك الشقص. وقال ابن حبيب عن أصبغ فى الهبة: إن لم يقبله لم يعتق منه شىء.

ووجه القول الأول أنه إذا قبله، فقد وجد القبول إدخال الضرر فى العتق كما لو ابتاعه، وإذا لم يوجد منه القبول، لم يوجد من جهته ضرر، فلا يقوم عليه كما لو ورثه.

ووجه قول ابن الماجشون أن قبوله لا تأثير له فى رد الهبة، ومنع ما وهب من العتق، فلم يوجب ذلك التقويم عليه كما لو قبل ما ورث.

ووجه قول أصبغ أن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فإذا لم يوجد القبول لم يصح الهبة، وإذا لم تصح، لم يعتق منه شىء.

فصل: وقوله ﷺ: «**وأعطى شركاء حصصهم**» يريد والله أعلم، أعطى كل واحد منهم بقدر ما له فى العبد من القيمة التى لزمت المعتق بالتقويم، «وأعتق عليه العبد»، يريد أن العتق يكون له.

ومعنى ذلك أن ولاء العبد يكون له لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إنما الولاء لمن يعطى الورق».

ومن جهة أخرى: «وإنما الولاء لمن أعتق»، وقد وجد منه الأمران العتق وإعطاء الورق، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «**وإلا فقد عتق منه ما عتق**» ظاهره أنه من قول النبى ﷺ لاتصاله بحديثه، وليس فيه ما ينفى ذلك، وكذلك رواه مالك وعبيدالله بن عمر.

وقال أيوب عن نافع: «من أعتق نصيبًا له فى مملوك أو شركًا فى عبد، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل، فهو عتق». قال نافع: وإلا فقد أعتق منه ما أعتق. قال ايوب: لا أدرى اشىء، قاله نافع أو شىء فى الحديث.

وقول مالك وعبيدالله أولى؛ لأنهما قد حققا الرواية، ولم يشكا، ومالك وعبيدالله أثبت من نافع ومن أيوب، وإن كان أيوب ثبتًا مقدمًا فيه، وذلك يقتضى أنه يقضى

بالعتق عند عمر مبتدئ العتق على من أعتق منه، وهذا يمنع الاستسعاء. وقال أبو حنيفة: يستسعى العبد في قيمته.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم: «وإلا فقد عتق منه ما عتق».

ومن جهة المعنى أنه استسعاء، فلم يكن لازمًا كالكتابة والعبد لم يجز ولاء سيده المتمسك بنصيبه، فكما لا يلزمهما الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق، فكذلك بعده.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان عنده من المال ما يقوم منه بعض ما بقي من العبد على حكم الرق، عتق منه بقدر ذلك، واسترق الباقي المتمسك بالرق، ويجرى الحكم وبين سيده في عمله وغلته ونفقته على ما تقدم في كتاب الوصايا من حكم المعتق بعضه، والله أعلم.

مسألة: وهذا الحكم في عبد مشترك، فأما إن أعتق شقصًا من عبده، فإنه يعتق باقيه.

ووجه ذلك أنه يكمل عليه عتقه إذا كان الباقي لغيره ويزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه، فبأن يكمل عليه عتقه، وهو ملك له أولى وأحرى، ولأنه لما كان باقي العبد له كان موسرًا بعتقه، والله أعلم.

فرع: وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية، قال القاضي أبو محمد: اختلف في ذلك عن مالك، فعنه فيه روايتان، إحدهما بالحكم، والثانية بالسراية.

وجه قولنا: يعتق يعتق عليه بالحكم أنه عتق يتمم مبتدئه، فثبت بالحكم كالذى يعتق حصته من عبد مشترك. ووجه القول بالسراية أنه العتق يبنى على التغليب والسراية، فإذا بعضه في حق نفسه سرى إلى جميعه كما لو قال: يدك حر أو رجلك.

قال مالك: وَالأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يُعْتِقُ سَيِّدُهُ مِنْهُ شِقْصًا ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ نِصْفَهُ أَوْ سَهْمًا مِنَ الأَسْهُمِ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَنَّهُ لا يَعْتِقُ مِنْهُ إلا مَا أَعْتَقَ سَيِّدُهُ وَسَمَّى مِنْ ذَلِكَ الشِّقْصِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَتَاقَةَ ذَلِكَ الشِّقْصِ إِنَّمَا وَجَبَتْ وَكَانَتْ بَعْدَ وَفَاةِ الْمَيِّتِ، وَأَنَّ سَيِّدَهُ كَانَ مُخَيَّرًا فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ، فَلَمَّا وَقَعَ الْعِتْقُ لِلْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ الْمُوصِي لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي إلا مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْتِقْ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ؛ لأَنَّ مَالَهُ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ، فَكَيْفَ يَعْتِقُ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ عَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ لَيْسُوا هُمُ ابْتَدَءُوا الْعَتَاقَةَ وَلا أَثْبَتُوهَا، وَلا لَهُمُ الْوَلاءُ، وَلا يَثْبُتُ لَهُمْ، وَإِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْمَيِّتُ

هُوَ الَّذِى أَعْتَقَ وَأُثْبِتَ لَهُ الْوَلاءُ، فَلا يُحْمَلُ ذَلِكَ فِى مَـالِ غَـيْرِهِ إِلا أَنْ يُوصِـىَ بِـأَنْ يَعْتِقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِى مَالِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لازِمٌ لِشُرَكَائِهِ وَوَرَثَتِهِ، وَلَيْسَ لِشُرَكَائِهِ أَنْ يَأْبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَهُوَ فِى ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ فِى ذَلِكَ ضَرَرٌ.

الشرح: قوله: **«أن العبد يعتق سيده منه حصة بعد موته، فإنه لا يعتق عليـه باقيـه إن كان له مـال»** قـال سحنون: ولا يعتـق عليـه نصيـب شـريكه، قـال: وهـو قـول جميـع أصحابنا. وقول مالك فى موطئه.

ووجه ذلك ما احتج به من أن المال ينتقل عنه إلى الورثة بموته، وليس لـه منـه إلا مـا تمسك به من ثلثه، ولم يتمسك إلا بما أوصى بعتقه وقد قال مـالك لورثتـه بـاقى العتـق، فلا يعتق عليهم، وهم لا يحبوا العتق، فكان ذلك بمنزلة مـن أعتـق شـقصًا لـه مـن عبـد، وليس له مال غير ذلك الشقص، فإن باقيه يرق، والله أعلم.

فصل: ولو أوصى أن يتمم عليه فى ثلثه، فقد قال مالك: يقوم فى ثلثه. ووجه ذلـك أنه قد تمسك بهذا القدر من ماله، فلزم أن يعتق عليه فيه كالحى الغنى.

فصل: «وليس لشركائه أن يأبوا ذلك، ويلزمهم ويلزم ورثتـه» يريـد أنـه إذا أوصـى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه، إذ الثلث يحملـه، ولا يكـون لشـريكه الامتنـاع منـه؛ لأنه قد لزمه أن ينفذ عتقه أو يقـوم علـى الموصـى. قـال سـحنون: للمتمسـك أن يعتـق نصيبه ولا يقوم، وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون.

قال: وقال مطرف عن مالك: ليس لشريكه أن يعتق، ويلزمه التقويم كمـا لـو أعتـق الشريك جميعه. فأما قول ابن الماجشون، فـلأن هـذا مبتـدئ عتـق عبـد مشـترك، فكـان لشريكه إنفاذ عتق حصته كما لو أنفذ عتق ذلك الشـقص، وهـو صحيـح، والـذى رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون علـى قـول مـن قـال يعتـق بالسـراية. قـال سـحنون: ورأيت رواية لابن وهب عن مالك، وهى وهم لا أعرفها إذا أبى شريكه فإنه يعتـق منـه ما ملك فقط، وباقى الثلث للورثة.

فصل: وقوله: **«وذلك أن عتاقة ذلك الشقص إنما وجبت بعد وفـاة الموصـى، وكـان مخيرًا فى ذلك ما عاش»** يريد أن من أوصى بعتق شقص من عبده أو بعتق شقص له مـن عبد سائره لغيره، فإنه لا يقوم عليه الآن، ولا يعتق سائره؛ لأن عتقه بعد لم يـلزم، وإنمـا يلزم بموته من ذلك؛ لأن له الرجوع عنه فى حياته.

مسألة: ومن أعتق بعض عبده فى مرضه كمل عليه باقيه فى ثلثه، ولو أوصى بعتق جزء منه بعد موته، ففى تكميله روايتان، إحداهما وجوبه، والأخرى نفيه.

وجه الرواية الأولى أنه مختار لتبعيض العتق، فلزم التقويم فى ماله كما لو أنفذ عتقه.

ووجه الرواية الثانية أنها وصية بعتق بعض عبد، فالعتق إنما يقع بعد موته، وحينئذ يوجد التبعيض منه بوقوع العتق، وذلك وقت لا مال له لاسيما، ولم يستثن منه شيئًا، فأشبه المعسر يعتق بعض عبد، فإنه لا يتمم عليه.

قال مالك: وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ ثُلُثَ عَبْدِهِ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبَتَّ عِتْقَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لأَنَّ الَّذِى يُعْتِقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَوْ عَاشَ رَجَعَ فِيهِ، وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، وَأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِى يَبِتُّ سَيِّدُهُ عِتْقَ ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ، يَعْتِقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ إِنْ عَاشَ، وَإِنْ مَاتَ عَتَقَ عَلَيْهِ فِى ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَ المريض جَائِزٌ فِي ثُلُثِهِ كَمَا أَنَّ أَمْرَ الصَّحِيحِ جَائِزٌ فِي مَالِهِ كُلِّهِ.

الشرح: وهذا على نحو ما قال أن المريض إذا أعتق جزءًا من عبده، فإنه يعتق جميعه فى ثلثه، وذلك إن مات فى مرضه ذلك. وفرق مالك بين هذا وبين الذى يوصى بعتق ثلث عبده لأن هذا قد لزمه العتق، وإن عاش تمم عليه، والذى أوصى بعتق ثلث عبده، لو عاش كان له الرجوع عنه.

فرع: ومتى يقوم باقى العبد الذى أعتق المريض شقصًا منه، روى ابن حبيب عن مطرف فى الذى يعتق شقصًا له من عبد يقوم عليه فى ثلثه، سواء عثر عليه قبل أن يموت أو بعده.

وقال ابن الماجشون: لا يقوم عليه حتى يصح، فيقوم عليه فى ماله أو يموت، فيعتق فى ثلثه ما أعتق، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه، وإن حمله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلا فى عتق يتعجل أو يتأجل إلى أجل قريب لا يرده دين، وهذا قد يرده إلا أن تكون له أموال مأمونة، فيقوم عليه، ويعجل له العتق قبل أن يموت.

وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم: يوقف فإن مات قوم عليه فى ثلثه، أو ما حمل منه، وإن كانت له أموال مأمونة قوم فيها.

وجه القول الأول أن ابتداء العتق جناية، فلم يمنع مرضه من مطالبته بها، ولا يفوت بموته إلا أنه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه.

ووجه القول الثانى ما تقدم من قول ابن الماجشون، والله أعلم.

مسألة: ومن أعتق فى مرضه عبدًا له، فلم يحمله الثلث، فأجاز الورثة حصته، فلا يقوم عليه والولاء للميت، رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ووجه ذلك أن الوارث إنما أجاز فعل الميت، فلم يدخل ضررًا فى الملك. وقد روى مطرف عن مالك: إن أعتق الوارث سهمه مما رق منه، لم يقوم عليه، وله ولاء تلك الحصة، وإن لم يقوم عليه؛ لأنه لم يبتدئ بإدخال الضرر، وقد تقدمه بذلك الميت كثلاثة أشراك ابتدأ أحدهم بعتق حصته، وهو معسر، ثم أعتق الثانى، وهو موسر، فلا يقوم عليه، ويأتى على قول ابن نافع أنه يقوم عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أعتق بعض عبده، فقد روى فى الموازية أشهب عن مالك: أنه إن لم يتمم عليه حين مات أنه لا يتمم عليه باقيه. قال سحنون فى كتاب ابنه: هذا قول أصحابنا، ولو مات مكانه، أو أفلس.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: من أعتق بعض عبده أو سهمًا من عبد باقيه لغيره، فلم يتمم عليه حتى أفلس، فلا يتمم ما بقى كما لو مات.

ووجه ذلك أن حق الغير قد تعلق بالمال، فكان بمنزلة حال المعسر، بل هو أشد حالاً منه؛ لأن الميت متيقن العدم، والمفلس مطلوب بحقوق متقدمة، ولم يدفعوه للجناية؛ لأن الشريك باق بيده إنما أدخل عليه فيه ضرر، والله أعلم.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية والموازية: من اعتق شقصًا له فى عبد فى صحته، لم يقوم عليه حتى مات بحدثان ذلك، فإنه يقوم عليه، قال فى العتبية: يعتق عليه جميعه من رأس ماله.

قال سحنون فى كتاب ابنه: لا يقوم عليه. قال أشهب فى الموازية: لأن هذا حق قد ثبت لشريكه، ولم يفرط، ولو طال ذلك لم يقوم فى رأس مال الميت، ولا ثلثه.

وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب. وقال: هو كالممتنع يموت، ولم يهد، فإن لم يفرط، أهدى عنه من رأس ماله، وبه قال ابن الماجشون وابن عبدالحكم، وهو بخلاف معتق بعض عبده، فإنه لا يتمم عليه باقيه، وإن مات بحدثانه.

وجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصة من عبده، وبين من أعتق حصة من عبد لغيره باقيه، أن العتق عمل يد، فإذا جاز أن يتمم عليه لغيره، فبأن لا يتمم عليه من ... أن المعسر يتمم عليه عبده، ولا يقوم عليه حصة غيره.

ووجه قول الجماعة أن حق الغير متعلق بماله بجنايته عليه، فيلزم أداؤه من رأس ماله في مرضه وبعد موته إلا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضى التسليم والترك، فلا يبقى إلا حق البارى تعالى فى تتم العتق، فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصة من عبده، والله أعلم.

قال سحنون: وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتمم عليه عتق عبده، أنه لا يتمم عليه بعد موته، وإن عثر على ذلك فى مرضه، فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فيمن أعتق عبده أو نصيبًا من عبد لغيره باقية أعتقه فى صحته، فعلم بذلك فى مرضه، فإنه يقوم عليه باقيه فى ثلثه.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن أعتق بعض عبده فى صحته وقيم عليه، وهو مريض، فإنه إن صح عتق عليه كله، وإن مات، فالباقى فى ثلثه. وخالفه ابن الماجشون، فقال: إن قيم عليه فى مرضه، فلا يقوم عليه إن مات.

وجه القول الأول أنه وجد منه فى حال صحته ما يلزمه العتق فى المستقبل، فكان ذلك فى حياته من رأس ماله، وبعد موته من ثلثه. ووجه القول الثانى، وهو المشهور، ما تقدم.

فرع: فإذا قلنا إنه يتمم على المريض العتق، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: إذا أعتق شقصًا من عبد لغيره باقيه، فلم يقوم عليه حتى مرض، يحكم بالتقويم، إلا أن يوقف المال حتى يعتق ما حمل الثلث من تلك القيمة التى كانت فى المرض إن مات مبدأ على جميع الوصايا، وما أعتق أولا فمن رأس ماله، وإن صح لزمته القيمة.

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك، وقال ابن عبدالحكم: لا يقوم فى مرضه، وليوقف أبدًا حتى يموت، فيعتق ما بقى فى ثلثه، أو يصح، فيكون من رأس ماله، إلا أن يعتق الشريك.

وجه القول الأول أن القيمة إنما تلزمه يوم الحكم فيه، لكنه حكم متوقف لتجويز الصحة والموت، فإن صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله، وإن مات لزمت فى ثلث ماله.

ووجه القول الثانى أنه إذا لم ينفذ العتق الآن، فلا معنى لتعجيل التقويم، والله أعلم وأحكم.

* * *

الشرط فى العتق

قال مالك: مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَـهُ، فَبَـتَّ عِتْقَـهُ حَتَّـى تَجُـوزَ شَـهَادَتُهُ، وَتَتِـمَّ حُرِّيَّتُـهُ، وَيَثْبُتَ مِيرَاثُهُ فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا يَشْـتَرِطُ عَلَـى عَبْـدِهِ مِـنْ مَـالٍ أَوْ خِدْمَةٍ وَلا يَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنَ الرِّقِّ؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَـهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ».

قال مالك: فَهُوَ إِذَا كَانَ لَهُ الْعَبْـدُ خَالِصًـا أَحَقُّ بِاسْتِكْمَالِ عَتَاقَتِهِ وَلا يَخْلِطُهَـا بِشَيْءٍ مِنَ الرِّقِّ.

الشرح: معنى ذلك أن من بتل عتق عبده معجلاً، ولم يعلـق ذلـك بـأجل ولا عمـل يقع العتق بعده، فلا يجوز له فى هذا العتق أن يشـترط عليـه عمـلاً؛ لأن ذلـك بمنزلـة أن يبقى عليه شيئًا من الرق، وذلك مخالف للمال المشترط عليه.

وقد قال ابن المواز عن مالك فيمن قال لعبده: أنـت حـر، وعليـك ألـف دينـار، فلـم يرض العبد، فذلك عليه، وإن كره، وبه قال ابن وهب وعبدالملـك وابـن القاسـم، وهـو قول أشهب. وقال ابن المسيب: هو حر، ولا شـىء عليـه. وروى عـن ابـن القاسـم أنـه قال: وذلك أحب إلىّ.

وروى فى العتبية يحيى عن ابن القاسم فيمن قـال لعبـده: أنـت حـر، علـى أن عليـك خمسين دينارًا، أن العبد مخـير إن شـاء أن يتبـع بهـا ويعجـل عتقـه، وإن كـره أن يكـون غريمًا، فلا عتاقة له. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز أنه ألزمه ذلـك قبـل العتـق، وذلـك جـائز لـه كما له أن يلزمه ذلك لغير حرية، فلم يزد ذلك الحرية إلا صحـة، واحتـج لذلـك أصبـغ بأن له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال، فكأنه باعه من نفسه.

ووجه قول ابن القاسم فى متابعة سعيد أن العتق قد أوقعه، فيلزمـه؛ لأنـه لـم يسـتثن فيه خيارًا، ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال، كما لا يلزمه ما ألزمه بعـد العتـق من العمل.

ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من أنه ليس للسيد أن يشـغل ذمتـه إلا برضاه، ألا ترى أنه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه إلا برضاه.

مسألة: وأما إن شرط عليه عملاً، فإن كان قبل العتق مثل أن يقول: أنت حر، على أن تخدمنى سنة، فذلك عليه، قاله ابن القاسم. وأما إن كان العمل بعد العتق، فقد قال ابن القاسم: إن قال لعبده: أنت حر، واخدمنى سنة، فهو حر، ولا شىء عليه. وكذلك لو قال له: أنت حر، على أن لا تفارقنى. قال محمد: هو حر، وشرطه باطل.

ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع إبقاء شىء من الرق، وذلك متناف ينفذ العتق، ويبطل ما أبقى من الاسترقاق؛ لأن العتق مبنى على التغليب والسراية، وليس كذلك الدين فى ذمته؛ لأنه ليس من أحكام الرق؛ لأن الدين يثبت على الأحرار، ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذمم العبد، فلا ينافى الحرية، بل إذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر أكد الحرية، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن لفظ: أنت حر وعليك كذا، هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك العبد. وأما قوله: أنت حر على أن عليك كذا، فقد قال ابن الماجشون: اللفظان سواء، ويثبت فيهما الخيار. وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما، ولا خيار للعبد.

وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله: أنت حر على أن تؤدى إلىّ كذا، فقال: هذا لا يعتق حتى يؤدى ويقبل ذلك العبد.

ووجه ذلك أن الذى قال له: على أن عليك، علق العتق بشىء يتعجل، وهو ثبوت الدين فى ذمة العبد، والذى قال على أن تؤدى إلىّ أو على أن تعطينى، علق العتق بشىء لا يوجد بنفس العتق، ولا يوجد إلا بمعنى مستأنف، وربما تعجل الأمد العبد، وربما تعذر، فكان العتق يتأجل بتأجله.

مسألة: ومن قال لأمته: أنت حرة على أن تسلمى، فقد قال ابن حبيب عن أصبغ: إن أبت لا حرية لها كقوله: إن شئت، وليس كقوله: أنت حرة على أن تنكحى فلانًا، ثم تأبى أن العتق ماضى فى هذه.

والفرق بينهما أنها إن رضيت بذلك، فبنفس العتق تكون مسلمة، كقوله: على أن عليك عشرة دنانير، على قوله: على أن تنكحى فلانًا، فإنما شرط عليها عملاً تعمله بعد تمام العقد يصح أن يتأخر الزمن الطويل، وهو إباحة بعضها، وقبول الزوج، فكان بمنزلة أن يشترط عليها عملاً أو خدمة أو بمنزلة قولة: أنت حرة على أن لا تفارقينى، فإنها تكون حرة، ولا يلزمها الشرط.

* * *

من أعتق رقيقًا لا يملك مالا غيرهم

١٤٦٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، عَنِ الْحَسَنِ ابْنِ أَبِى الْحَسَنِ الْبَصْرِىِّ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ، أَنَّ رَجُلا فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ سِتَّةً عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ ثُلُثَ تِلْكَ الْعَبِيدِ.

قَالَ مَالِك: وَبَلَغَنِى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِذَلِكَ الرَّجُلِ مَالٌ غَيْرُهُمْ.

١٤٦٧ - مَالِك عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلا فِى إِمَارَةِ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَهُ كُلَّهُمْ جَمِيعًا، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَأَمَرَ أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ بِتِلْكَ الرَّقِيقِ، فَقُسِمَتْ أَثْلاثًا، ثُمَّ أَسْهَمَ عَلَى أَيِّهِمْ يَخْرُجُ سَهْمُ الْمَيِّتِ، فَيَعْتِقُونَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ عَلَى أَحَدِ الأَثْلاثِ، فَعَتَقَ الثُّلُثُ الَّذِى وَقَعَ عَلَيْهِ السَّهْمُ.

الشرح: هذا الحديث مرسل، وقد أسند من حديث عمران بن حصين، أخرجه مسلم من رواية إسماعيل بن علية، عن أيوب، عن أبى قلابة، عن أبى المهلب، عن عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة عبيد له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، ورق أربعة، وقال له قولاً شديدًا».

وأخرجه من حديث اللثقفى عن أيوب «أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته، فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر» رواه ابن علية وحماد عن أيوب.

ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين، قال ابن سحنون عن أبيه: وروى عمران بن حصين أن النبى ﷺ أسهم بين الستة الأعبد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم، وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك، وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله، وبه قال الشافعى.

١٤٦٦ - أخرجه مسلم فى الأيمان ١٦٦٨. وأبو داود فى العتق ٣٩٦١. وأحمد فى مسند البصريين ١٩٣٤٤، ١٩٤٣٠، ١٩٤٤٩، ١٤٩٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٢٧/٨: هكذا روى يحيى هذا الحديث، عن مالك، عن يحيى بن سعيد وغير واحد، وتابعه طائفة من رواة الموطأ، ورووته أيضا جماعة، عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن غير واحد، عن الحسن، وابن سيرين مثله مرسلا.

١٤٦٧ -ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٧٩.

وقال أبو حنيفة: لا تدخل القرعة فى العتق، ويعتق من كل واحد ثلثه، ويستسعى فى بقية قيمته، فإذا أدّاها إلى الورثة، عتق.

والدليل عليه الحديث المتقدم، ويقتضى العتق بالقرعة، وفى ذلك أدلة أحدها: حكم بالقرعة، وأبوحنيفة ينفيها. والثانى: أنه قال: فأعتق اثنين، ورق أربعة، وعند أبى حنيفة لا يكمل عتق أحدهم، ولا يرق جميع أحدهم، وإنما يعتق ثلث كل واحد منهم، ثم يستسعى.

ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق عبيده إذا كانوا جميع ماله، فإذا فعل ذلك لم يعتق إلا ثلثهم، واحتيج إلى القرعة لتميز الثلث، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«أعتق ستة أعبد له عند موته»** قال سحنون: قيل بتلهم، وقيل أوصى بهم، فنحن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق فى المرض أو الوصية فى جملة بعتقهم يضيق ثلثه عنهم، وكذلك فى المجهولين من جملة رقيق، إذا كان فى مرضه أو وصيته، ولا يسهم بين المدبرين فى الصحة لأننا لا نعدوا ما جاء فيه الخبر، ويحتمل أن يريد بقوله: «أعتق عبيدًا له عند موته» أن يعتقهم لتقع حريتهم بموته.

فيحتمل قول سحنون، فقيل بتلهم، وقيل أوصى بعتقهم بينهم، يريد بذلك أنه قد بلغته الروايتان من وجه يجوز له التعلق بها، فحملها على قصتين أو على قصة، ثبت فيها حكمان لا يتنافيان، فيحمل عليهما.

مسألة: فأما الوصية بعتقهم، فلا خلاف يعلم فى المذهب فى أنه يقرع بينهم بالسهم. وأما إن بتلهم فى المرض، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه يقرع بينهم.

ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقال أبو زيد وأصبغ والحارث: يعتق من كل واحد منهم بغير سهم، وإنما السهم فى الوصية، وإنما وجب الاختلاف فى هذا لاختلاف لفظ الحديث، ففى حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبى ﷺ بالقرعة إنما كانوا فى وصية الأنصارى بعتق ستة أعبد له.

وروى إسماعيل بن علية وحماد بن زيد أنه أعتقهم عند موته، وذلك يحتمل إيقاع بالقرب من وقت موتاه، وظاهره حال المرض، ويحتمل أن يريد به عند موته، والله أعلم.

وجه القول الأول أن العتق فى المرض خارج من الثلث، فأشبه الوصية.

ووجه القول الثانى أنه عتق لا رجوع له فيه كالعتق فى الصحة.

فرع: فإذا قلنا إن القرعة تستعمل فى العتق، فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع: أنه لا يسهم فى الرقيق فى العتق إذا كان للمالك شىء من المال. وأما السهمان إذا لم يكن للمالك إلا ذلك الرقيق فقط.

وقال ابن نافع: وإنما أسهم رسول الله ﷺ فى الرقيق الستة الذين أعتقهم ربهم عند موته؛ لأنه لم يترك مالاً غيرهم.

قال ابن مزين: وسمعت مطرفًا يقول مثل ذلك، فقلت له: هو قول مالك؟ فقال: هو الذى لا يعرف غيره، وهو الذى روى ابن المواز عن ابن القاسم، أن القرعة لا تكون إلا لمن قال فى وصيته: رقيقى أحرار، ولم يدع مالاً غيرهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن بتلهم فى مرضه أو بتل بعضهم، أو أوصى بعتق بعضهم، فلم يحملهم الثلث، فليقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن، وقد تقدمن قول سحنوا، ورواية غيره عن مالك: أنه يسهم بينهم إذا ضاق الثلث عنهم، وذلك يقتضى أن له مالاً غيرهم.

وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث إسماعيل بن علية وحماد بن زيد أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، ولا مال غيرهم.

ومن جهة المعنى أنه إذا لم يكن له مال غيرهم، وأعتق جميعهم، لم يدخل التبعيض فى عتقه؛ لأنه قصد الإجمال، فإنما يحتاج إلى القرعة ليتميز من يجوز عتقه ممن لا يجوز عتقه لحق الورثة، نوإن كان له مال، فقد قصد التبعيض؛ لأنه لم يخرج بالعتق من جميع ماله، فإذا أعتق ثلث كل واحد منهم، لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعيض.

ووجه القول الثانى التعلق بلفظ حديث مالك، وليس فيه أنه لا مال له غيرهم، فحمل أنه أعتقهم عند موته، وظاهره حال المرض أو الوصية، فإنما يعتبر فى ذلك الثلث، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو قال ثلث رقيقى أحرار ثبت فى ذلك حكم القرعة، ولو قال: ثلث كل واحد من رقيقى حر، لم يقرع بينهم؛ لأنه قد ميز نصيب العتق من نصيب الرق وبين أنه قصد التبعيض، قاله القاضى أبو محمد.

ولو قال فى وصيته: أعتقوا عبدىّ فى ثلثى، أو ما حمل ثلثى منهما، فقد قال ابن كنانة: لا قرعة فيهما، ويعتق منهما بالحصص محمل الثلث. وقال عيسى عن ابن القاسم: ذلك سواء، وفيه القرعة.

ووجه قول ابن كنانة أن إضافة ذلك إلى الثلث مخالف لإطلاق اللفظ، لأنه إذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعيض، وإذا أضاف ذلك إلى الثلث قصد التبعيض، فلم يحتج إلى القرعة.

ووجه قول ابن القاسم أن العتق تناول جملتهم دون تبعيض العتق فيهم، ولا يتميز ما يعتق من كل واحد، فلزمت القرعة لتمييز ذلك.

فرع: وقال سحنون: يفترق عندنا على حكم التسمية من غيرها، فإذا قال: ميمون ومرزوق حران، تحاصا فى ضيق الثلث. وإن قال: عبداى حران، أو غلمانى أحرار، أقرع بينهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: سواء سماهم بأسمائهم، أو قال: رقيقى كلهم أحرار، أو ثلثهم، فإنه بينهم كما جاء الخبر، قال: وكذلك قال لى أصبغ عن ابن القاسم.

وجه قول سحنون أن التسمية تقتضى أن لا يعدى أحد ممن سمى من العتق لا ختلاف أسمائهم التى نص عليها، فلا يخلو اسم من تلك الأسماء من تناول العتق وإذا لم يسمهم وعلق العتق على العبيد، فإن عتق بعضهم لا يخل بعتق من علقه عليه؛ لأنه أوصى بعتق عبيده، وإذا أعتق بعضهم بالسهم، فقد تناول العتق من يقع عليه هذا الاسم.

ووجه القول الثانى أن لفظ العبيد إذا أضيف إليه تناول كل عبد له، فكان ذلك بمنزلة أن يسميهم، فإذا كان السهم يجرى فى عتقه عبيده، فكذلك إذا سماهم، والله أعلم أحكم.

فرع: ولو قال: أعتقوا ثلاثة من رقيقى أو عشرة، وهم خمسون أو عشرون، فقد قال ابن المواز: يجعل ذلك العبد جزءًا من الجملة.

ووجه ذلك أن العدد من الجملة إذا لم يتعين، فهو كالجزء منها، فوجب أن يكون حكمه حكمها.

فرع: وإذا سمى عددًا، فهلك بعضهم، فقد قال ابن المواز: يكون ذلك العدد جزءًا من الباقى. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه سواء سمى جزءًا أو عددًا، فإنه يعتق ممن بقى مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصى بخمسة، وجميعهم ثلاثون، فيموتون إلا خمسة، فإنه يعتق سدسهم.

ووجه قول ابن المواز أنه إن أمر أن يعتق خمسة من رقيقه، وهم ثلاثون فماتوا، إلا عشرة أعتق نصفهم، إن الخمسة نصف ما بقى، وكذلك حتى لا يبقى إلا خمسة أو أقل، فيعتق جميعهم. وأما الاعتبار على هذا القول، فبقدر التسمية من الجملة حين الحكم، وعلى قول ابن الماجشون الاعتبار بالتسمية، وقدرها من العدد يوم الوصية.

مسألة: ومن أعتق فى صحته، فقد قال مالك وابن القاسم وغيره: لا يسهم فى عتق الصحة. ومعنى أن يعتق جميع رقيقه فى صحته؛ لأن ذلك ينفذ، ولا يرد عتق أحد منهم.

وقال سحنون: وقد قال بعض أصحابنا عن مالك، فيمن أعتق فى صحته رأسا من رقيقه، لم يعينه حتى كان، وهم أربعة: أنه يعتق ربعهم بالسهم، وقيل يكون الخيار لورثته فى عتق أحدهم.

مسالة: وإذا أردت القرعة بين الرقيق، فإن انقسموا على ثلاثة أقسام معتدلة قسمتهم على ذلك، ويأخذ ثلاث بطائق، فيكتب فى كل بطاقة أسماء من فى الجزء من العبيد، وتلف كل بطاقة فى طين بحضرة العدول، وتعطى لمن يدخلها فى كمه من صغير أو كبير، ثم يخرج واحدة، فتفض فيعتق من فيها، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وإن لم يعتدل الرقيق فى القسمة على أجزاء الثلث، فإنه يكتب اسم كل عبد فى بطاقة.

قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم، وتكتب قيمته مع اسمه، فمن خرج سهمه عتق إلى حمله الثلث، إلا فما حمل منه ورق باقيه، وإن كان أقل من الثلث أعيد السهم حتى يستوفى الثلث. وروى مثل ذلك كله فى المدينة عيسى عن ابن القاسم.

* * *

القضاء فى مال العبد إذا عتق

١٤٦٨ – مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: مَضَتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا كُوتِبَ

١٤٦٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٠.

تَبِعَهُ مَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ الْمُكَاتِبُ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ هُوَ عَقْدُ الْوَلاءِ إِذَا تَمَّ ذَلِكَ، وَلَيْسَ مَالُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ بِمَنْزِلَةِ مَا كَانَ لَهُمَا مِنْ وَلَدٍ إِنَّمَا أَوْلادُهُمَا بِمَنْزِلَةِ رِقَابِهِمَا لَيْسُوا بِمَنْزِلَةِ أَمْوَالِهِمَا؛ لأَنَّ السُّنَّةَ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ، وَأَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا كُوتِبَ، تَبِعَهُ، مَالُهُ وَلَمْ يَتْبَعْهُ وَلَدُهُ.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتَبَ إِذَا أَفْلَسَا أُخِذَتْ أَمْوَالُهُمَا وَأُمَّهَاتُ أَوْلادِهِمَا، وَلَمْ تُؤْخَذْ أَوْلادُهُمَا؛ لأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَمْوَالٍ لَهُمَا.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بِيعَ وَاشْتَرَطَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مَالَهُ لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُهُ فِي مَالِهِ.

قَالَ مَالِك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَرَحَ، أُخِذَ هُوَ وَمَالُهُ، وَلَمْ يُؤْخَذْ وَلَدُهُ.

الشرح: قوله: **«مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله»** يريد أن ماله يبقى على ملكه، ولا يكون لسيده انتزاعه منه إذا أعتق، ولم يستثن ماله ولا شيئًا منه؛ لأن لفظ العتق لم يتناول ماله، وإنما قوى ملكه له بخلاف البيع، فإنه وإن كان لا يتناول أيضًا إلا العبد دون ماله، فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله ما للأول، فكان الأول أحق به؛ لأن بيعة دون ماله بمنزلة انتزاعه، وذلك جائز له.

مسألة: وهذا حكم المباشرة البتل والوصية؛ لأن الوصية بالعتق عتق، فيلزم أن يتبع المال المعتق. وقال أشهب: ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل إنفاذ عتقه، وإن كان العتق معجلاً.

وإن كان مؤجلاً بعد الموت، فقد قال أشهب: للورثة انتزاعه، ما لم يقرب الأجل، وبه قال ابن المواز. وقال ابن عبدالحكم: ليس للورثة ذلك.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الموزا من أن حكم الورثة حكم الموروث، فمن أعتق عبده إلى أجل، كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل، فكذلك ورثة المعتق إلى أجل.

مسألة: وأما الموصى به إلى أجل لرجل، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: أن مال العبد للموصى به برقبة العبد، بخلاف الهبة والصدقة. وفى الموازية من رواية ابن وهب

عن مالك: لا يتبعه ماله فى وصية، ولا هبة، ولا صدقة، ولا بيع، ولا رهن، إلا فى عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية، قاله ابن القاسم، ورجع ابن القاسم فى الوصية.

وجه رواية ابن القاسم فى الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعتقه.

ووجه رواية ابن وهب، وهى رواية أشهب عن مالك فى العتبية أنه أخرج العبد إلى مالك، فلم يتبعه ماله كما لو وهبه.

فرق: والفرق بين الهبة والوصية على مذهب ابن القاسم أن الهبة إنما ينتزع المال الواهب، ويقول: لم أرد اتباع العبد ماله. وأما فى الوصية، فإنما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى.

مسألة: وأما الهبة، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك فيمن وهب عبدا للثواب أو لغير الثواب أو تصدق به، فإن ماله لا يتبعه. وقال القاضى أبو محمد: لم يختلف قول مالك فى العتق أنه يتبع العبد ماله، وفى البيع أنه لا يتبعه.

واختلف عنه فى الوصية به وهبته لغير عوض، والتصدق به، وإسلامه فى الجناية، فعنه فيه روايتان إحداهما: أن ماله يتبعه. والثانية: لا يتبعه.

وإنما اختلف قوله فى ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق، فمن قال: إن فى البيع إخراجًا عن مالك بعوض، فلذلك لم يتبعه ماله، وفى العتق أخرجه إلى غير مالك، فلذلك يتبعه ماله.

ومن قال: إنه يتبعه ماله فى الوصية والهبة والصدقة؛ لأنه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق، وقال فى الجناية: لا يتبعه ماله؛ لأنه أخرجه عن ملكه بعوض، ومن علل فى البيع أنه أخرجه عن ملكه إلى مالك، فلذلك لم يتبعه ماله، وفى العتق أخرجه إلى غير مالك، فلذلك يتبعه ماله، وفى الصدقة، والهبة، والجناية، والوصية؛ لأنه أخرجه من ملكه إلى مالك كالبيع.

فصل: وقوله: «**ومما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله، أن المكاتب يتبعه ماله؛ لأن عقد الكتابة، هو عقد الولاء**» يريد أنه عقد يقتضى ثبوت الولاء كالعتق، وهو بمعنى قولنا إنه خرج العبد عن ملكه إلى غير مالك، فهذا حكم العتق والكتابة، وإن افترقا فى أن الكتابة عتق بعوض، وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض.

وهذا يدل على ان التعليل الصحيح من ذلك أنه خارج إلى غير مالك، ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم. وأما الكتابة، فحق تعلق بعين العبد بنقله إلى مالك من غير عقد فتبعه ماله كالوراثة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد؛ لأن الولد بمنزلة الرقبة، لا بمنزلة المال»** يريد أن رقبته ملك لغيره، وكذلك رقبة ولده، وماله ملك له، ولذلك إذا أعتق بقى ماله على ملكه، وبقى ماله على ملك سيده على حسب ما كما، عليه قبل العتق والكتابة.

وهذا فى العتق البتل، وكذلك المعتقة إلى أجل فيما ولدته قبل العتق. فأما ما ولدته بعد العتق فحكمه حكمها؛ لأنه حكم ثبت فى الأم، فوجب أن يثبت فى كل من تلده فى المستقبل كالرق والحرية.

مسألة: وأما ولد المدبرة، فبمنزله ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته.

ووجه ذلك أنه ولدته بعد عقد لازم بحريتها، فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد.

مسألة: وأما الموصى بعتقها أو لفلان، فما ولدته قبل موت الموصى، فرقيق لورثته لا تتعلق به الوصية وما تلده بعد موته فحكمه حكم أمه، رواه ابن عبدوس عن مالك.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم، وهو عبد الموت لازم.

مسألة: ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا، فولدت بعد اليمين، وقبل الحنث، فهو بمنزلتها، قاله مالك، وأما ما ولدته قبل اليمين، فلا تتعلق به اليمين.

ومعنى ذلك أن العتق قد تعلق بها تعلقًا لازمًا لا يخرج عنه إلا بعمل وتكلف، فكان ولدها بمنزلتها، والله أعلم وأحكم.

فصل: قال مالك: **«ومما يبين أن الولد مخالف لمال العبد، أن العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالها، وأمهات أولادهما، ولم يؤخذ أولادهما»** يريد أنه لا تعلق لذمته بولده، وذلك يدل على أنه ليس بماله، ولو كان من ماله لقضى منه دينه.

قال: **«وكذلك لو شرط المبتاع ماله، لم يكن له ولده»** يريد أن الولد لا يتناوله اسم المال ولا حكمه.

فصل: وقوله: «**وكذلك العبد إذا خرج أخذ هو وماله، ولم يؤخذ ولده**» على ما قدمناه من أن المال يتبع العبد فى الجناية، وقد تقدم من قول القاضى أبى محمد أنه لا يتبعه على إحدى الروايتين، وقد تقدم بيانه، والله أعلم وأحكم.

* * *

عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء فى العتاقة

١٤٦٩ – مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا، فَإِنَّهُ لا يَبِيعُهَا، وَلا يَهَبُهَا، وَلا يُوَرِّثُهَا، وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا، فَإِذَا مَاتَ، فَهِيَ حُرَّةٌ.

الشرح: قوله: «**أيما وليدة ولدت من سيدها، فإنه لا يبيعها، ولا يهبها، ولا يورثها**» وكذلك لا يجوز له أن يسلمها فى جناية، ولا سبيل لغرمائه عليها فى فلس، يريد أنه لا يصح إخراجها عن ملكه؛ لأن ما ذكر من ذلك هو معظم الوجوه التى يخرج بها الرقيق عن ملك السيد، فإذا لم يصح إخراجها عن ملكه ببيع ولا غيره، لم يكن له إلا إبقاؤها على ملكه أو تعجيل عتقها، وعلى هذا فقهاء الأمصار، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى النكاح بما يغنى عن إعادته.

مسألة: وإذا أسلمت أم ولد الذمى عرض عليه أن يسلم، فإن أسلم، فهى أم ولد على ما كانت، وإن لم يسلم، ففى الموازية: يعتق عليه بالحكم، وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره. وفى كتاب ابن سحنون عن مالك: فى ذلك، روايتان، قال: تعتق، ثم قال: توقف، إلا أن يموت أو يسلم، ثم رجع إلى العتق.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن أنفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم، فتكون أن ولد. وقال ابن عبدالحكم: توقف حتى تحيض حيضة، فإن أسلم فبها وإلا عتقت.

وجه القول الأول بتعجيل عتقها أنه إنما له فيها الاستمتاع، فإذا حرم عجل عتقها إلى أن يرى أن المعتق إلى أجل إذا وهبه سيده خدمته، عجل عتقه لما لم يبق له فيه تصرف.

١٤٦٩ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨١، والمستدرك ١٩/٢، ومعرفة السنن والآثار ٢٠٧٩٢/١٤.

ووجه القول الثانى أنه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأبيد، وإنما حرم لسبب يمكن زواله كما لو زوجها، والله أعلم.

مسألة: وأما المرتد، فقد قال أشهب: قد عتقت أم ولده بالردة، فلا ترجع كفراقه زوجته. وقال ابن القاسم: تحرم عليه بالردة، فإن تاب رجعت أم ولد له، وإن قتل عتقت، رواه ابن المواز عنه.

ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق.

ووجه قول ابن القاسم أنها ملك له، فلا يزول ملكه عنها بردته، وإنما يبقى مراعاة لسائر رقيقه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«ويستمتع بها»** يريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها؛ لأن اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله، وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته، ولم يذكر أن له استخدامها.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: له استخدامها فيما يقرب، ولا يشق. وقال فى الإشراف: ليس له إجارتها، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أنه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاد، فلم يملكه بعده كبيع رقبتها.

فصل: وقوله: **«فإذا مات فهى حرة»** يريد أنها تعتق بموته من رأس مال لا يردها دين ولا غيره؛ لأنه لم يكن بقى له فيها إلا بمعنى يختص به، وهو الاستمتاع، وذلك محرم فيها على غيره بملك اليمين، فإذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف، فوجب أن تعتق، والله أعلم.

مسألة: وإذا اشترى السفيه المحجور عليه أمة، فأولدها رد عليه ما أعطى من ثمنها، وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا؟.

١٤٧٠ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَتَتْهُ وَلِيدَةٌ قَدْ ضَرَبَهَا سَيِّدُهَا بِنَارٍ أَوْ أَصَابَهَا بِهَا، فَأَعْتَقَهَا.

الشرح: الإصابة بالنار على ضربين، أحدهما: العمد. والثانى: الخطأ. فأما العمد،

١٤٧٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٢.

فمؤثر فى إنجاز العتق. وأما الخطأ، فليس بمؤثر فيه. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فين شرب بسوط، فى أمر عتب عليه فيه، ففقأ عينه، قال: لا يعتق عليه.

قال ابن القاسم: وإنما كان يعتق ما كان على وجه العمد؛ لا على وجه الخطأ، يريد أن يقصد فقء عينه. وأما إن قصد ضربه، فأخطأ فأصاب عينه، ففقأها، فلا يعتق عليه. قال سحنون: ومن ضرب رأس عبده، فنزل الماء فى عينيه، فليس بمثلة تعتق بها.

ووجه لك ما قدمناه من أنه لم يقصد إلى ذلك، وإنما قصد الضرب، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«وأما العمد، وهو القصد إلى إتلاف عضو أو إحداث ما يتولد عنه الشين»** فهو على ضربين، ضرب: يبلغ بالعمد شيئًا فاحشًا، فهذا يعتق به العبد على فاعله المالك له، إن لم يبلغ ذلك لم يعتق به، فإنما يعتق عله باجتماع أمرين: العمد، وبلوغ الشين الفاحش. قال عيسى بن دينار: ورواه ابن المواز عن أشهب. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يعتق عليه عبده فى شيء من ذلك.

وتعلق أصحابنا فى ذلك بما روى عن النبى: «من مثل بعبده، عتق عليه» ولم أره من وجه صحيح، والله أعلم.

وروى سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده أنه قدم على رسول الله ﷺ وقد خصى غلامًا له، فأعتقه النبى ﷺ بالمثلة.

ومن جهة المعنى، قال القاضى أبو محمد: يعتق عليه زجرًا عن معاودة مثله، كالقاتل عمدًا يمنع الميراث.

فرع: ومن أبق عبده، فوسم فى وجهه أو جبهته، كتب فيه أبق، يريد بنار، فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ: يعتق عليه. قال أصبغ. فأما لو فعل ذلك فى ذراعيه أو باطن جسده، فإنه لا يعتق عليه.

ومعنى ذلك لما الوجه من التشويه البين. وأما فى الذراع أو باطن الجسد، فهو حرق قليل، وليس فيه فاحش، فافترق لذلك.

وأما لو وسمه فى وجهه بمداد أو إبرة على ما فعله الناس، فقد قال عبدالملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب: يعتق عليه. قال أشهب: لا يعتق عليه.

وجه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه، وتغيير الخلقة الظاهرة.

ووجه قول أشهب أنه إنما يفعله الناس على وجد الجمال مع ما فيه من قلة الألم، وقلة الشين.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: من وسم وجه عبده عمدًا عليه، ولم يفرق بين نار وغيرها.

مسألة: ومن قطع من عبده عضوًا اليد أو الرجل، فقد روى أشهب عن مالك: من عمد لقطع أنملة، أو طرف أذن، أو أرنبة، أو قطع بعض الجسد، فإنه يعتق عليه، ويعاقب. قال أشهب: ويسجن.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ: من قطع طرف أنملة عبده، أو قطع ظفره، أو شرف أذنه، أعتق عليه.

ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقة وشين، فيعتق عليه.

فرع: وهذا فيما يبين من الأعضاء كاليد والرجل والصبغ، قال ابن سحنون عن أبيه: وأما ما يعود من الجراح، فليس بمثلة، وهذا القول، والله أعلم، فيما عاد على غير شين، وأما ما عاد على شين فاحش، فقد تقدم فيه القول في حرق النار. وأما قطع العضو، فهو شين في نفسه، فلا يحتاج من الشين إلى أكثر من ذلك، والله أعلم.

مسألة: وأما قطع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك: أنه مثلة، توجب العتق، وكذلك قال ابن القاسم في جل الأسنان.

وأما الضرس الواحدة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن قلع ضرسه أو سنه، عتق عليه. وقال أصبغ: لا أرى ذلك إلا في جل الأسنان أو الأضراس، وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة، فلا.

وجه قول ابن الماجشون، أن السن الواحدة بعض عضو كالأنملة.

ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة، ليس فيها شين ظاهر، ولا نقص عضو، وإنما هو عضو عار.

فرع: ومن سحل أسنان عبده، فقد روى عن مالك أنه يعتق عليه لما في ذلك من نقص الأعضاء؛ لأن سحل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها. وأما إن سحل له سنًا واحدة، ففي الموازية عن عيسى بن دينار: أنه يعتق عليه. وقال أصبغ: لا يعتق في السن الواحدة، وشأنها خفيف، وعلى قول عيسى هذا من قلعه سنًا واحدة، يعتق عليه.

مسألة: وأما حلق الرأس واللحية، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك في حلق الرأس واللحية: ليس ذلك بمثلة في عبد ولا أمة. قال ابن المواز عن ابن وهب: يؤدب من فعل ذلك بعبده، أو حلق رأس جاريته على وجه الغضب.

قال مالك من رواية ابن الماجشون: إلا أن يكون العبد التاجر النبيل الوجيه اللاحق بالأحرار في هيئة يحلق سيده لحيته، والأمة الفارهة الرفيعة يحلق سيدها رأسها، فإنها مثلة.

ووجه ذلك أن هذا شعر وليس في إزالته ألم، وإنما هو جمال، فإذا كان العبد الوغد والأمة التي لا خطر لها، فليس ذلك بمثله في حقها لضعتها.

وأما العبد النبيل الذي قد عظم قدره أو الجارية التي لها قدر رفيع لا تصلح للامتهان، فإن ذلك مثلة في حقها، فمن بلغه منهما، عتقا عليه.

مسألة: ومن عض جسد جاريته، فقد قال مالك في امرأة عضت لحم جاريتها، وأثرت بذلك أثرًا شديدًا: اتباع عليها. قال أشهب: ولو عضها، لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيئًا من جسدها، أو يبين منه.

ووجه ذلك أن هذا ليس فيه شين، ولا قطع عضو، فلا يعتق بذلك، ولما كان فيه من الألم الشديد والتعذيب بيعت عليه؛ لإزالة الضرر عنها. قال أشهب:وذلك لمن تتابع منه، فإن من كانت هذه منه فلتة، فإنها لا تباع عليه.

مسألة: وأما الجلد السرف، فقد قال أصبغ: ليس فيه مثلة. وفي العتبية من سماع أبي زيد عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده، فانهكه: فإنه لا يعتق عليه، إلا أن يبلغ منه ما يكون مثلة شديدة مثل ذهاب لحمه، وربما تأكل لحمه لذلك، وبقي جلده على عظم، فيعتق عليه.

وروى ابن المواز عن أصبغ: ومثل أن يحد ويؤدب من ضربه، وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة. قال ابن القاسم: ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق.

مسألة: ومن حلف ليضربن عبده مائة سوط، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: قد أساء ويترك وإياه، فإن ضربه برَّ، ولو كانت أمة حاملاً، فقد قال ابن الماجشون: يمنعه السلطان من ضربها، وهي حامل، فإن ضربها برَّ في يمينه، وأثم عند ربه وإن حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه. وقال أصبغ: أرى المائة مما فيه العطب، فليعجل عتقه.

ووجه القول الأول أن هذا حد، ولو كان يخاف منه الهلاك لما حد به من يراد استبقاء حياته، فلذلك مكن من ضربه، وإنما يمنع من الضرب الذى يخاف عليه منه.

ووجه القول الثانى ما احتج به أصبغ أنه قدر يخاف عليه منه العطب، فلا يمكن من ضربه، وليعجل عتقه.

فصل: ومن أعتق على سيده بالمثلة، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: لا يعتق إلا بالحكم. وقال أشهب: بالمثلة يصير حرًا، وإن مات السيد قبل أن يعلم به، فهو من رأس ماله.

وقال ابن عبدالحكم: أما المثلة المشهورة لا شك فيها، فهو حر بنفس المثلة. وأما ما يشك يعتق إلا بحكم كالإيلاء البين، فأجله من وقت اليمين. وأما ما يدخل عليه بسبب، فمن يوم الحكم.

قال القاضى أبو محمد: وجه الرواية الأولى أنه فعل يستحق به العتق إلى حكم كتبعيض العتق.

ووجه الرواية الثانية أنه معنى يوجب عتق عبد معين، فوجب أن يقع العتق بوجوده.

أصل ذلك شراء من يعتق عليه، فيحتمل أن تكون الوليدة التى أعتقها عمر بن الخطاب تعمد سيدها ضربها بنار، أثرت فى جسدها شيئًا فاحشًا، فحكم بحريتها، ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حيسن الضرب وحكم بإخراجها عن يده، وتمليكها أمرها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن مثل بعبده أو امرأته، فادعى الخطأ، وادعى العبد والمرأة العمد، قال سحنون فى العتبية: القول العبد والمرأة. قال: ثم رجع، فقال: القول الزوج والسيد، حتى يظهر العداء.

وجه القول الأول ضربه عمدًا، وإنما يراعى أنه لم يقصد المثلة، ولم يأذن له العبد ولا المرأة فى ذلك الضرب، فكان ما تولد منه محمولاً على العمد.

ووجه القول الثانى أنه ابتداء عمل مباح، فلم يضمن جنايته إلا أن يثبت تعمده كالطبيب.

مسألة: وأما إن مثل الذمى بعبده النصرانى، ففى كتاب ابن سحنون، قال اشهب: يعتق عليه بالمثلة، ولو كان معاهدًا حربيًا، لم يعتق عليه.

وقال ابن القاسم: لا يعتق على الذمى، إلا أن يمثل به بعد أن أسلم العبد، وقاله سحنون فى العتبية.

ووجه قول أشهب أنه تلزمه أحكام الإسلام فى التظالم كالمسلم. ووجه ابن القاسم أنه حكم يختلف باختلاف الشرائع، فوجب أن يحملوا فيه على شريعتهم، وإن كان العبد مسلمًا، غلب حكم الإسلام.

مسألة: وإذا مثل السفيه بعبده، فقد روى ابن المواز عن أصبغ، قال ابن القاسم: يعتق عليه، وبه قال ابن وهب وأشهب، ثم رجع ابن القاسم، فقال: لا يعتق عليه. وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى فى العتبية وابن حبيب فى الواضحة.

وجه القول الأول أنه فعل يثبت به الحكم، فكان حكم السفيه فيه حكم المالك لأمره كالاستيلاد.

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن القاسم أن كل من لا يجوز عتقه، فلا يعتق عليه بالمثلة كالصغير، ومن يجوز عتقه، فهذا الذى يعتق عليه بالمثلة.

مسألة: وإذا مثلث ذات الزوج بعدها، فقد قال ابن وهب فى العتبية: يعتق رضى الزوج أو كره. وقال سحنون: لا يعتق إذا كان أكثر من الثلث، رواه عن ابن القاسم.

وكذلك اختلفوا فى المديان والعبد، فقال أشهب: يعتق على العبد والحر يحيط الدين بماله بالمثلة، ورجع ابن القاسم إلى أنه لا يعتق بالمثلة على العبد، ولا على المديان، ولا على السفيه. وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى المريض يمثل بعبده: أنه يعتق عليه فى ثلثه، فإن صح، ففى رأس ماله. وأصله ما تقدم.

فرع: إذا قلنا إن السفيه إن مثل بعبده يعتق عليه، فقد روى العتبى عن ابن وهب: يعتق عليه بالمثلة، ولا يتبعه ماله. وروى ابن المواز عنه: يتبعه ماله.

وجه القول الأول أنه إنما أعتق عليه بالمثلة، وذلك لا يتعدى إلى ماله. ووجه القول الثانى أنه عتق لم يستثن فيه المال، فتبع العبد كالعتق المبتدأ يقع ممن يبتدئ حريته.

مسألة: ومن مثل بعبد، من له حق فى ماله، ففى الموازية لمالك: من مثل بعبد لعبده، أو لأم ولده، أعتق عليه، ومن مثل بعبد ابنه الصغير، أعتق عليه، وغرم القيمة، ومن مثل بعبد لزوجته غرم ما نقصه، إلا أن تكون مثلة مفسدة، فإنه يعتق ويوفى القيمة كعبد الأجنبى.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا تَجُوزُ عَتَاقَةُ رَجُلٍ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ، وَأَنَّهُ لا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْغُلامِ حَتَّى يَحْتَلِمَ أَوْ يَبْلُغَ مَبْلَغَ الْمُحْتَلِمِ، وَأَنَّهُ لا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَإِنْ بَلَغَ الْحُلُمَ حَتَّى يَلِيَ مَالَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أحاط الدين بماله، فإنه لا يبتدئ عتق عبده، فإن فعل ذلك وأعتق عبده، فإن للغرماء رد ذلك بحكم حاكم، وليس لهم رده دون الإمام، فإن ردوه وباعوه، ففى الموازية: يرد الإمام بيعهم، ويعتقهم.

ومعنى ذلك أنه يردهم إلى الحالة التى كانوا عليها، ثم ينظر فى أمرهم، فإن كان متصل العدم، رد عتقهم.

ووجه ذلك أنه حكم بين الغرماء والعبد، فليس له إمضاؤه، والنظر فيه، و إنما يمضيه دونهم.

مسألة: وإن أمسك الغرماء عن القيام فى ذلك بعد العتق، قال ابن عبدالحكم: إن قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع، وهو فى البلد، وقالوا: لم نعلم، فذلك لهم كانوا رجالاً أونساء حتى تقوم بينة أنهم علموا. وأما فى أكثر من أربع سنين، فلا يقبل منهم.

وقال مالك فى الموازية: استحسن إنه إذا طال الزمان حتى يوارث الأحرار، وجازت شهادته ونحوه. قال ابن القاسم: يريد أن يشتهر بالحرية، ويثبت له أحكامها بالموارثة، وقبول الشهادة، ولم يمنع من ذلك الغرماء، فإن ذلك محمول على الرضا بعتقه.

وقال أصبغ: إن ذلك إنما هو فى التطاول الذى لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر، ولو تيقن بشهادة قاطعة أنه لم يزل عديما متصل العدم مع غيبة الغرماء، ومن غير علمهم، فإنه يرد عتقه، ولو ولد له سبعون ولدًا.

فرع: ولو قال الغريم فى ثلاث سنين وأربع: علمت بعتقه، ولم أنكره لما اعتقدت أن الدين لا يحيط بماله، فقد قال ابن عبدالحكم: لا ينفعه ذلك، وينفذ عتقه. وقال أصبغ عن ابن وهب: لا يرد لدين هذا الغريم، فإن كان معه غريم غيره، رد ذلك الغريم، ودخل معه هذا قال أصبغ: بل يرد لهذا الغريم، وإن كان وحده.

مسألة: وإن أيسر المعتق، ثم قام عليه الغرماء، وقد أعسر، فقد قال مالك: لا يرد عتقه، ولو رد الإمام عتقه، ثم أيسر قبل بيعه لعتق، رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك فى كتاب ابن سحنون؛ قال: وليس رد السلطان برد، حتى يباع ما لم يقسم بين

الغرماء، أو لم يفت ذلك، وقال ابن نافع: لا أعرف هذه الرواية، والـذى أعـرف أن رد السلطان رد للعتق، إن لم يبع فى الدين، فلا يعتق بعد ذلك، وإن أفاد مالاً.

وجه الرواية الأولى أن رد السلطان ليس بحكم، وإنما هـو توقيـف ونظـر، ولـو مـاتوا لكانوا من السيد، فإذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره، وتوقيفه العتق.

ووجه قول ابن نافع أن حكم السلطان فى ذلـك حكـم بـرد العتـق، وإثبـات الملـك، ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان الغرماء؛ لأن العتق لهم رد.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فرد السلطان عتـق الرقيـق، فليـس للسيد الـوطء، وله استخدامهم، فإن أفاده مثل دينه، عتقوا، وإن أفاد أقل من ذلك، فإن كان العتق فـى كلمة بيع منهم بما بقى بالحصص، وإن أعتقهم واحدًا بعد واحد بيع الآخر، وأعتـق مـن بقى كمن أعتق، وله وفاء ببعض دينه، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولو قال: عبدى يخدم فلانًا سنة، ثم هو لفـلان، فقـد روى عيسـى عـن ابـن القاسم: ليـس للغرمـاء رده حتـى تنقضـى السـنة، ويخلـص للثـانى بتـلا، فحينئـذ يكـون للغرمـاء رده وإجازتـه، وهـذا يقتضـى أن منافعـه لا اعـتراض للغرمـاء فيهـا، ولا تتعلـق حقوقهم بها، وإنما تتعلق برقبته.

فصل: وقوله: **«ولا يجوز عتاقة الغلام حتـى يحتلـم، أو يبلـغ مبلـغ المحتلـم»** يريـد أن الصغير الذى يبلغ سن الاحتلام لا ينفذ عتقه لعبده، ولو أجازة الـولى. ووجـه ذلـك أنـه غير مكلف كالمجنون.

فصل: وقوله: **«يحتلم، أو يبلغ مبلغ المحتلم»** يجوز أن يكـون علـى وجـه الشـك مـن الراوى، ويحتمل أن يريد أن يكـون بـه علامـات الاحتـلام موجـودة، وهـى الإنبـات أو السن، وذلك أن الحكم إذا كان بين الصبى وغيره من الآدميين، ووجـدت بـه علامـات البلوغ حكم به بحكم الرجال البالغين، وذلك أن يوجد قد أنبت.

فصل: قوله: **«ولا تجوز عتاقة المولى عليه فى ماله، وإن بلغ الحلم»** يريد أن السـفيه لا يجوز عتقه لاسيما إذا كان مولى عليه ممنوعًا من التصرف فى ماله؛ لأن ذلك حكـم بـرد أفعاله.

وأما إن كان غير مولى، ففى العتبية والموازية عـن مـالك فـى السـفيه يلـى مالـه: أنـه يجوز عتقه.

وورى زياد عن مالك أن البين سفهه أفعاله جائزة، حتى يحجر عليه، وهذا قول أصحاب مالك إلا ابن القاسم، فإنه فى الذى سفهه بين يحجر على مثله: لا يجوز أمره.

وجه قول مالك بأنه غير محجور عليه، فجازت أفعاله كالرشيد، وذلك أن عدم الحجر حكم بإطلاقه.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به أن حاله حال من يحجر عليه، وإنما أخطأ الحاكم فى ترك الحجر عليه، وذلك لا يبيح ماله.

مسألة: فإذا قلنا إن عتق المولى غير جائز، فقد قال مالك فى الموازية: إنه لا يجوز عتقه، وإن أجازه وليه.

ووجه ذلك أنه ليس لوليه إتلاف ماله، فإذا رشد، فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم: له رده إذا رشد كالصبى.

وقال ابن القاسم: إذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد فى يده، لم يلزمه عتقه، وإن كان زال عن يده، وولى نفسه، فتركه وأمضى عتقه، فذلك يلزمه إذا أمضاه بعد رشده.

مسألة: وأما عتق السفيه أم ولده، فقد روى ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عتق السفيه لأم ولده، لازما جائز. وروى ابن سحنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع: أن عتقه أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه.

ووجه القول الأول أنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، فجازت إزالته كالطلاق.

ووجه القول الثانى أنه عتق، فلم يصح منه كالمعتق عبده.

فرع: فإذا قلنا يلزمه العتق فيها، فهل يتبعها مالها، قال ابن القاسم: ولا يتبعها مالها إلا التافه. قال سحنون: كان تافهًا أو غير تافه. وفى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: يتبعها مالها، إن لم يستثنه.

وجه القول الأول أنه سفيه، فلا سبيل له إلى إزالة ملكه بالقول بغير عوض.

ووجه القول الثانى أن المال تبع إزالة ملكه من الرقبة، فإذا صح إزالة ملكه عن العين تبعها المال كما لو طلق، ويبقى المهر للزوجة، ولأن المال إنما كان لأم الولد، ولم ينتزعه بالعتق.

* * *

ما يجوز من عتق فى الرقاب الواجبة

١٤٧١ - مَالِك، عَنْ هِلالِ بْنِ أُسَامَةَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عُمَرَ ابْنِ الْحَكَمِ(١)، أَنَّهُ قَالَ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ جَارِيَةً لِى كَانَتْ تَرْعَى غَنَمًا لِى، فَجِئْتُهَا، وَقَدْ فُقِدَتْ شَاةٌ مِنَ الْغَنَمِ، فَسَأَلْتُهَا عَنْهَا، فَقَالَتْ: أَكَلَهَا الذِّئْبُ، فَأَسِفْتُ عَلَيْهَا، وَكُنْتُ مِنْ بَنِى آدَمَ، فَلَطَمْتُ وَجْهَهَا، وَعَلَىَّ رَقَبَةٌ، أَفَأُعْتِقُهَا؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيْنَ اللَّهُ؟» فَقَالَتْ: فِى السَّمَاءِ. فَقَالَ: «مَنْ أَنَا؟» فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَعْتِقْهَا».

١٤٧٢ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ رَجُلا مِنَ الأَنْصَارِ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِجَارِيَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عَلَىَّ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، فَإِنْ كُنْتَ تَرَاهَا مُؤْمِنَةً، أُعْتِقُهَا، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَشْهَدِينَ أَنْ لا إِلَهَ إِلا اللَّهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: «أَتَشْهَدِينَ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَ: «أَتُوقِنِينَ بِالْبَعْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَعْتِقْهَا».

الشرح: قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى: «**فأسفت عليها**» يريد غضبت عليها. قال عيسى فى قوله تعالى: ﴿**فلما آسفونا انتقمنا منهم**﴾ [الزخرف: ٥٥]، ومعناه أغضبونا.

١٤٧١ -أخرجه مسلم فى السلام ٥٣٧. والنسائى فى السهو ١٢١٨. وأبو داود فى الصلاة ٩٣٠، الأيمان والنذور ٣٢٨٢. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٧٧١٨. وابن أبى شيبة ١١/٢٠، عن معاوية بن الحكم. وعبدالرزاق فى المصنف برقم ١٦٨٥١ عن عمرو بن أوس. والبغوى فى شرح السنة ٢٣٩/٣، عن معاوية بن الحكم.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٣٦/٨: هكذا قال مالك فى هذا الحديث، عن هلال، عن عطاء، عن عمر بن الحكم، لم يختلف الرواة عنه فى ذلك، وهو وهم عند جميع أهل العلم بالحديث؛ وليس فى الصحابة رجل يقال له عمر بن الحكم، وإنما هو معاوية بن الحكم، كذلك قال فيه كل من روى هذا الحديث عن هلال وغيره.

١٤٧٢ - أخرجه أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٨٤٦، مسند المكيين ١٥٣١٦. وعبدالرزاق برقم ١٦٨١٤، ١٧٥/٩، عن الزهرى، عن عبيد الله. وابن أبى شيبة ١١/٢٠، عن ابن عباس، عن الحكم رفعه. والطبرانى فى الكبير ٢٧/١٢، عن ابن عباس «أن رجلا....».

وقوله: «**وكنت من بنى آدم**» يعنى أنه يدركه من الغضب ما يدركهم.

وقوله: «**فلطمت وجهها وعلىَّ رقبة**» يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه إياها، وإن كان قد شج وجهها، ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أو غيرها، فأراد أن يخصها بالعتق فى ذلك لما قدمناه لها من إذلالها.

وسؤال النبى ﷺ لها عن معانى الإيمان، يقتضى أن الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الإيمان؛ لأن العتق للتمثيل لا يعتبر فيه الإيمان.

فصل: وقوله للجارية: «**أين الله؟ فقالت: فى السماء**» لعلها تريد وصفه بالعلو، وبذلك يوصف كل من شأنه العلو، فيقال مكان فلان فى السماء، بمعنى علو حاله ورفعته وشرفه.

فصل: وقوله ﷺ لها: «**من أنا؟ فقالت: رسول الله**» يقتضى أن الإيمان لا يتبعض، ولا يصح الإيمان بالله مع الكفر بمحمد ﷺ.

وقوله ﷺ: «**أعتقها**» يقتضى أن الإيمان يحصل بالإقرار بذلك والاعتقاد، وإن لم يقترن بذلك نظر ولا استدلال.

قال القاضى أبو جعفر: وفى الحديث الثانى أن السائل قال: إن علىَّ رقبة مؤمنة فإن كنت تراها مؤمنة أعتقها، فسألها النبى ﷺ: «أتشهدين أن لا إله إلا الله؟ قالت: نعم، قال: أفتشهدين أن محمدًا رسول الله؟ أفتوقنين بالبعث بعد الموت؟ فلما قالت: نعم، قال: أعتقها».

وذلك يقتضى أنه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسألها عن نظر واستدلال، وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين، فإذا أقر بهما حكمنا بإيمانه، ولم نسأله عن نظره واستدلاله، وإن كنا نأمره بذلك، ونحضه عليه بعد إيمانه.

وترجم مالك على هذين الحديثين بما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة، فاقتضى ذلك تأويله فى العتق المذكور فى الحديث أنه عتق واجب، وأنه غير معين، وقد تقدم وصفنا لما يجزئ من ذلك مما لا يجزئ فى كتاب الأيمان والنذور، والله الموفق للصواب.

١٤٧٣ – مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْمَقْبُرِىِّ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ هَلْ يُعْتِقُ فِيهَا ابْنَ زِنًا؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِئُ عَنْهُ.

١٤٧٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٥.

١٤٧٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ الأَنْصَارِيِّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ، هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَلَدَ زِنًا؟ قَالَ: نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِئُ عَنْهُ.

الشرح: قوله: «**ولد الزنا يجزئ عتقه عن الرقاب الواجبة**» يريد أن من وجب عليه عتق رقبه لكفارة، أو نذر أو غير ذلك، فإنه يجزئه أن يعتق فى ذلك ولد زنا؛ لأن ذلك النقص لا يختص به، وإنما يختص بنسبه، وذلك غير مؤثر فى العتق كما لو كان أبواه مجوسيين.

وقال زيد بن أسلم: هو خير الثلاثة، لم يعمل سوءًا، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾ [الإسراء: ١٥]، وقال ربيعة: إنى أجد فى الإسلام شأنه تامًا.

وقد روى فى العتبية أشهب عن مالك: أحب إلىَّ أن لا يعتق ولد الزنا فى الرقاب الواجبة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة

١٤٧٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلَ عَنِ الرَّقَبَةِ الْوَاجِبَةِ، هَلْ تُشْتَرَى بِشَرْطٍ؟ فَقَالَ: لا.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ أَنَّهُ لا يَشْتَرِيهَا الَّذِي يُعْتِقُهَا فِيمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِشَرْطٍ عَلَى أَنْ يُعْتِقَهَا؛ لأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ، فَلَيْسَتْ بِرَقَبَةٍ تَامَّةٍ؛ لأَنَّهُ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا لِلَّذِي يَشْتَرِطُ مِنْ عِتْقِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كانت عليه رقبة واجبة عن كفارة أو نذر؛ لأنه لا يجزئه أن يشتريها بشرط العتق لما احتج به؛ لأنه يحط عنه من ثمنها لما شرط من عتقها، فلم يعتق رقبة تامة.

ووجه آخر، أن العتق لا يوقعه وحده، بل يوقعه معه من شرط عليه، وروى عن عيسى فى المدنية سألت ابن القاسم عمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب، أرأيت

١٤٧٤ - ذكره ابم عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٦.

١٤٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٧.

إن أعتقها؟ فقال: إن كان المبتاع عالمًا بأن ذلك لا ينبغي، فعليه عتق رقبة أخرى، وإن كان جاهلاً لا علم له، نظر، فإن كان اشتراها بقيمتها دون نقص، فلا شيء عليه، وإن كان وضع له من الثمن شيء لم يجزه، وعليه رقبة أخرى؛ لأنه لم يعتق رقبة تامة.

قال عيسى: وبلغني عن ابن كنانة أنه قال: إن كان جاهلاً لم يؤمر بالإعادة. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا يجزئه.

وجه قول ابن القاسم مراعاة الخلاف، وأنه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزى، ففعل ذلك، فقد دخل على أنها لا تجزئه، ومن كان يعتقد إجزاء ذلك، فهو قول قوم من أهل العلم، لم ينكر عليه ما اعتقده.

ووجه قول ابن نافع أن الحكم في الأمور الدينية العامة إنما تجري على قول المفتي والحاكم، فيلزم ذلك سائر الناس بالفتوى إن استفتوه، وبالحكم بذلك إذا كان مما يفتقر إلى حكم حاكم.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه اختلف قوله فيمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب، فقال مرة: يعتق عليه، وإن كره. قال أبو محمد: يريد، ولا تجزئه عن الواجب إذا اشتراه بشرط العتق.

قال محمد: ثم رجع مالك فقال: لا يعتق عليه، إلا أن يشتريه على إيجاب العتق، وقاله ابن القاسم: قال محمد: والإيجاب على أنه حر لا على أن يعتقه.

فوجه القول الأول أنه عقد بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم، فوجب أن يلزمه كما لو شرط زيادة في الثمن أو عملاً، ولأن المشترى ملك العبد بهذا الشرط، وعلى هذا الوجه، فليس له الانتقال إلى غيره.

ووجه القول الثاني أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته، ثم يستأنف بعد ذلك العتق ووجوب العتق ينافي تقرر الملك، فلذلك كان له الإمساك عن العتق، ولأن البائع علق العتق بفعل المشترى، ولم يشترط وقوعه بنفس الملك، فاقتضى ذلك أن يكون موقوفًا على اختيار المشترى، ومختصًا بإيقاعه دون إيقاع غيره.

فرع: إذا قلنا إن للمشترى الامتناع من عتقه، فلا يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه، فإن قام عليه، فإن له أن يطلبه بالعتق أو الرد، قاله ابن عبدالحكم عن مالك.

ووجه ذلك أنه لما شرط شرطًا جائزًا كان له أن يطلب به فإما أن يوفيه إياه، وإما أن يترادا البيع.

فرع: وهذا إذا كان العبد بعينه، وقام الغرماء بقرب البيع، فإن أدركه عيب، وذلك بقرب البيع بأيام يسيرة، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك: للبائع أن يأخذه بعيبه، أو يترك شرطه. وقال ابن القاسم: إن مات بقرب البيع، فإن أدركه عيب أو دخله عيب مفسد، فلا شيء على المبتاع.

وأما إن مضى للبيع شهر، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك: على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط، إن لم يكن للبائع علم بترك المبتاع العتق، ومثله قال ابن القاسم فى وجوب القيمة لمضى الشهر.

ووجه ذلك أنه لما كان للمشترى أن ينفذ العتق أو يمسك عنه، وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك، فكان البيع، وقع على الخيار من هذا الوجه، فما أصابه فى مدة الخيار، فهو من البائع إن اختار ارتجاع العبد، والبائع على خياره فى إمضاء البيع أو ردّه.

فإن مضت مدة لا يصح فيها الخيار فى الرقيق، فإن علم البائع بترك المبتاع العتق، ولم يعترض منه المدة، فقد لزمه البيع، وبطل شرطه من العتق، ولا شيء له من زيادة القيمة، ولا يلزم المبتاع عتقه.

قال ابن القاسم: فإن لم يعلم فهو على شرطه، ولما فات ارتجاع العبد بما دخله من العيب، فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق، وهذا ما كانت القيمة أكثر من الثمن.

فإن كانت من الثمن فلا رجوع على البائع؛ لأن المشترى قد رضى بذلك الثمن بالشرط، فلا يحط عنه وقد سقط الشرط.

فرع: وإذا فات العبد عند المشترى، ولزمته قيمته لعيب حدث بعد شهر أو طول زمان، فأعتقه حينئذ المشترى عن ظهار أو عتق واجب، أجزأه إن كان العيب الذى حدث به لا يمنع الإجزاء، والطول المعتبر فى ذلك السنة، والسنة ونصف، والسنتان أبين، فإذا أعتقه بعد ذلك المشترى، لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه.

ووجه ذلك أن التغيير الظاهر فى الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضى فوات العبد عند المشترى، فإذا كان البائع يعلم بترك العتق، لزم المشترى قيمته دون شرط، وتقرر ملكه عليه سالمًا من الشرط، فإذا أعتقه حينئذ عن ظهار أو أمر واجب أجزأه.

مسألة: ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق، فليشتر على بيع البراءة، ولا يشتر بعهـدة الثلاث، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أن العهدة إنما هى ليعلم سلامته من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره، فلم يحتج إليها فيما يشترى للعتق.

وقد قال مالك فيمن أوصى بعتق عبد معين، فمرض العبد مرضًا شديدًا: إنه يعتق إذا اجتمع المال، ولا يؤخر لمرضه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِىَ الرَّقَبَةَ فِى التَّطَوُّعِ، وَيَشْتَرِطَ أَنْ يُعْتِقَهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أنه من اشترى رقبة تطوع بشرط العتق أجزأه ذلك؛ لأن الرقبة لم تلزمه بعد، وإنما هو متبرع بعتق ما ملك منها، سواء كان ذلك جميعها أو بعضها، ومن أمر غيره أن يشترى له رقبة يعتقها لتطوع، وقدر له ثمنًا، فزاد المأمور فى ثمنها [..........][1].

مسألة: والموصى إذا اشترى رقبة التطوع واشترط العتق، لم يضمن إذا كان الثمن مبلغ وصيته، قاله مالك.

قال مالك: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِى الرِّقَابِ الْوَاجِبَةِ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ فِيهَا نَصْرَانِىٌّ وَلا يَهُودِىٌّ، وَلا يُعْتَقُ فِيهَا مُكَاتَبٌ، وَلا مُدَبَّرٌ، وَلا أُمُّ وَلَدٍ، وَلا مُعْتَقٌ إِلَى سِنِينَ، وَلا أَعْمَى، وَلا بَأْسَ أَنْ يُعْتَقَ النَّصْرَانِىُّ وَالْيَهُودِىُّ وَالْمَجُوسِىُّ تَطَوُّعًا لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِى كِتَابِهِ: ﴿**فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً**﴾ [محمد: ٤] فَالْمَنُّ الْعَتَاقَةُ.

قال مالك: فَأَمَّا الرِّقَابُ الْوَاجِبَةُ الَّتِى ذَكَرَ اللَّهُ فِى الْكِتَابِ، فَإِنَّهُ لا يُعْتَقُ فِيهَا إلا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ فِى إِطْعَامِ الْمَسَاكِينِ فِى الْكَفَّارَاتِ لا يَنْبَغِى أَنْ يُطْعَمَ فِيهَا إِلا الْمُسْلِمُونَ، وَلا يُطْعَمُ فِيهَا أَحَدٌ عَلَى غَيْرِ دِينِ الإِسْلامِ.

الشرح: وهذا على ما ذكر أنه لا يعتق فى الرقاب الواجبة يهودى ولا نصرانى، ولا يعتق إلا مؤمن؛ لأن الله تعالى قال فى كتابه: ﴿**ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة**

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢]، فقيدها بالإيمان، ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة القتل، غير ما روى عن أبى حنيفة أنه أجاز فى كفارة الظهار وكفارة الأيمان، عتق رقبة غير مؤمنة، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وأما من يجبر على الإسلام من أهل الكفر، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: إن أعتق عن ظهاره من يجبر على الإسلام قبل أن يسلم، أجزأه. وقال أشهب: لا يجزئه حتى يجيب إليه أو ينحو نحوه، ومن عرف القبلة أحب إلينا.

ومعنى قوله: أن لا يقر على الإسلام، يريد أهل الأوثان، فإنه لا يقر فى الاسترقاق عنده على دينه.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان لا يقر على دينه، ويحمل على الإسلام، وكان الغالب من جميعهم الدخول فى الإسلام كان له حكم المسلم؛ لأنه لا يقر على سواه.

ووجه قول أشهب أنه لم يظهر الرضا بالإسلام والميل إليه، فليس له حكم الإسلام لجواز أن يرضى بما يلقى المتمسك بدينه، فإذا أظهر الإسلام، يريد أظهر الإجابة إليه، فإنه مسلم، وإن لم يتلفظ بذلك؛ لأن الإيمان إنما هو التصديق بالقلب.

قال محمد: هذا أحسن، وهو معنى قول مالك فى الأعجمى من قصر النفقة؛ يعنى من أسلم أحب إلينا ممن صلى، وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه. وأما قبل أن يسلم، فلا يجوز؛ لأن النبى ﷺ لم يأمر رب السوداء أن يعتقها حتى أقرت بالإيمان وعرفته.

وقول محمد: وعرفته، ليس فى ظاهر الحديث ما يدل عليه إقرارها به.

مسألة: ويجوز عند ابن القاسم عتق الصغير، وأبواه كافران، إذا كان يريد إدخاله فى الإسلام، رواه عنه ابن المواز، والذى يقتضى مذهبه فى المدونة أنه لا يجزيه؛ لأنه قال: لا يصلى عليه حتى يفهم، ويجيب إلى الإسلام، وإذا حكمنا له بحكم الإسلام لاعتقاد سيده إدخاله فى الإسلام، فيجب أن يصلى عليه، ويدفن مع المسلمين، وهذا إنما يعرف من مذهب ابن الماجشون.

فصل: وقوله: **«ولا يعتق فيها مكاتب»** عتق المكاتب على ضربين، أحدهما: أن يكاتبه، ثم يعتقه عن ظهاره. والثانى: أن يشترى مكاتبًا، ثم يعتقه عن ظهاره. فأما الذى يعتقه بعد مكاتبته، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يجزى فى الرقاب الواجبة مكاتب، ولا مدبر، ولا أم ولد، ولا معتق إلى أجل، ولا معتق بعضه، ولا ممثل به، ولا من يعتق بالقرابة.

ووجه ذلك أن كل واحد منهم، قد تعلق به عتق ليس للسيد رده، فليس له صرفه إلى وجه آخر وجب عليه.

مسألة: وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره، فإن كاتبه غيره، فاشتراه هو ثم أعتقه أعتقه عن ظهاره، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: لا يجزئه في قول مالك الأول الذى قال: يرد عتقه، وينقض البيع، وبه قال أشهب.

وفى قوله الآخر: يجزئه؛ لأنه جعل عتقه، فوتًا، ولم يرده، قال ابن المواز: وهذا أحب إلىّ. قال ابن القاسم: وأما عتقه لمكاتبه، فلا يجزئه.

مسألة: ومن ابتاع مدبرًا كتمه البائع تدبيره، فأعتقه عن واجب، أجزأه، قاله ابن القاسم، واختاره ابن المواز، وقال أشهب: لا يجزئه.

مسألة: ولا يجوز فى الرقاب الواجبة، عتق عبد مرتهن بيمين، قاله أصبغ فى الموازية.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه لزمه عتق لا يقدر على إزالته عنه لغير هذا الوجه، فلم يكن له صرفه إلى غيره. وقد قال محمد بن عبدالحكم فيمن قال: لله علىَّ عتق عبدى ميمون، ثم أعتقه عن ظهاره، فإنه لا يجزئه عن ظهاره، ولا شيء عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره، وقد فات بالعتق عن ظهاره، والله أعلم.

مسألة: ومن اشترى زوجته، فأعتقها عن واجب، فإن لم تكن حاملاً منه، اجزأته، وإن كانت حاملاً منه، لم تجزه، لأنها صارت بالشراء أم ولد، قاله ابن القاسم فى العتبية: قال محمد: وهو قول مالك وأصحابه.

وقال أشهب: لا تكون به أم ولد، وتجزئه إن كانت بينة الحمل، فإن شك فيها انتظر، فإذا وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته، وإن وضعته لأكثر لم تجزئه؛ لأنها بعد الشراء حملت به، وقد تقدم توجيه ذلك، والله الموفق للصواب برحمته.

فصل: وقوله: «**ولا بأس أن يعتق اليهودى والنصرانى والمجوسى تطوعًا**» يريد ابتداء عتق أو لزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الإيمان؛ «**لأن الله تعالى: ﴿فإما منًّا بعد وأما فداء﴾** [محمد: ٤]، والمن العتاقة.

وهذا كلام فيه تجوز؛ لأنه وإن كانت العتاقة نوعًا من المن، إلا أن اسم العتق بما تقدم الملك عليه، واسم لمن أخص بما منّ عليه قبل تقرر الملك، وذلك أن أصحابنا،

قالوا: إن الإمام فى الأسرى مخير بين خمسة أشياء القتل: والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقد الذمة.

* * *

عتق الحى عن الميت

١٤٧٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِى عَمْرَةَ الأَنْصَارِىِّ أَنَّ أُمَّهُ أَرَادَتْ أَنْ تُوصِىَ، ثُمَّ أَخَّرَتْ ذَلِكَ إِلَى أَنْ تُصْبِحَ، فَهَلَكَتْ، وَقَدْ كَانَتْ هَمَّتْ بِأَنْ تُعْتِقَ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: فَقُلْتُ لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ: أَيَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ: إِنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمِّى هَلَكَتْ، فَهَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»(١).

١٤٧٧ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: تُوُفِّىَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِى بَكْرٍ فِى نَوْمٍ نَامَهُ، فَأَعْتَقَتْ عَنْهُ عَائِشَةُ زَوْجُ النَّبِىِّ ﷺ رِقَابًا كَثِيرَةً.

قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىَّ فِى ذَلِكَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف فى جوازه. فأما عن الحى، فقد قال مالك وابن القاسم: من أعتق عن رجل فيما لزمه من واجب بأمره أو بغير أمره أجزأه، وكذلك إن أطعم عنه أو كسا، وذلك كتكفيره عن الميت.

وقال أشهب: لا يجزئه بأمره ولا بغير أمره؛ لأن الأمر ممكن كما لو أعطاه على ذلك عوضًا، ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزأه، ما لم يوص بعتقه عنه بعينه، فلا يجزئه، ولا يجزئ فى الحى أن يشترى، ويعتق عنه عن ظهاره من يعتق عليه بالملك.

١٤٧٦ - أخرجه النسائى فى الوصايا ٣٦٤٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٤٤/٨: طائفة تقول فى هذا الحديث عن مالك: نعم أعتق عنها، منهم: ابن أبى أويس، ورواية يحيى قائمة المعنى صحيحة. وهذا حديث منقطع؛ لأن القاسم لم يلق سعد بن عبادة، ولكن قصة سعد بن عبادة، وحديثه فى ذلك قد روى من وجوه كثيرة متصلة ومنقطعة صحاح كلها، وهو حديث مشهور، عند أهل العلم من حديث سعد بن عبادة وغيره، إلا أن الرواية فى ذلك مختلفة المعانى.

١٤٧٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٩.

مسألة: ولو أعطاه عوضًا على أن يعتق عنه لم يجزه، قاله مالك وابن القاسم. ومعنى ذلك أنه من باب الشراء بشرط العتق، وقد قال مالك: إن اشترى الوصى الرقبة الواجبة بشرط العتق، ضمن ولم يجزه.

مسألة: وأما فى التطوع، فيشترى له من يعتق عليه فى حياته، والعتق عنه على ضربين: أحدهما، ابتداء فمن أعتق عنه من مؤمن أو كافرًا، أو ناقص الخلقة أو كاملها، فذلك جائز.

وأما إن أوصى بذلك، فقد قال أشهب: إن أشترى الوصى فى التطوع نصرانيًا ضمن، علم بذلك أو لم يعلم. ومعنى ذلك أن كفرها عيب فيها، فليس له، وقد أوصى على الإطلاق الذى يقتضى السلامة أن لا يشترى له معيبًا.

فرع: ومن أعتقه رجل عن غيره فى كفارة لزمته، فولاؤه له.

* * *

فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا

١٤٧٨ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرِّقَابِ أَيُّهَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَغْلاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا».

١٤٧٨ - أخرجه البخارى ٢٨٧/٣ كتاب العتق باب أى الرقاب أفضل، عن أبى ذر. ومسلم ٨٩/١ كتاب الأيمان باب ٣٤ رقم ١٣٦، عن أبى ذر. وأحمد ١٧١/٥، عن أبى ذر. والبيهقى فى الكبرى ٢٧٣/٦، عن أبى ذر. والطبرانى فى الكبير ٢٥٩/٨، عن أبى ذر. وأبو نعيم فى الحلية ٦٢/١، عن أبى ذر. وابن خزيمة برقم ٢٩١٠، عن أبى ذر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٤٨/٨: هكذا روى يحيى هذا الحديث فى الموطأ، عن مالك، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة؛ وكذلك رواه أبو المصعب، ومطرف، وابن أبى أويس، وروح بن عبادة؛ وحدث به إسماعيل بن إسحاق، عن أبى مصعب، عن مالك، عن هشام، عن أبيه - مرسلا - أن رسول الله ﷺ سئل عن الرقاب، وهو عندنا فى موطأ أبى المصعب، عن عائشة. ورواه قوم، عن مالك، عن هشام، عن أبيه - مرسلا - لم يذكروا عائشة. ورواه أصحاب هشام ابن عروة - غير مالك - عن هشام، عن أبيه، عن أبى مراوح، عن أبى ذر؛ وزعم قوم أن هذا الحديث كان أصله عند مالك: عن هشام، عن أبيه، عن عائشة؛ فلما بلغه أن غيره من أصحاب هشام يخالفونه فى الإسناد جعله، عن هشام، عن أبيه - مرسلا - هكذا قالت طائفة من أهل العلم بالحديث، فالله أعلم.

١٤٧٩ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ وَلَدَ زِنًا وَأُمَّهُ.

الشرح: قوله ﷺ: **«أغلاها ثمنًا»** يقتضى الاعتبار بزيادة الثمن، وقد يكون ذلك على وجهين، أحدهما: أن يزيد فى الثمن على القيمة. والثانى: أن يزيد الثمن لزيادة القيمة.

فأما زيادة الثمن على القيمة، فعندى أنه لا اعتبار به إلا أن يأبى أهلها من بيعها إلا بزيادة على قيمتها، ويرغب فى عتقها؛ لأن الميت أوصى بذلك أو لمعنى يخصها.

مسألة: وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها، فيعتبر به على كل حال؛ لأن النبى ﷺ قد نص على أن أفضل الرقاب أغلاها ثمنًا.

وقد قال ابن القاسم فيمن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدئ بأغلاهم ثمنًا، وهذا إذا كانت الرقبتان متساويتين فى الإسلام والصلاح.

فإن كانت إحداهما مسلمة، والثانية نصرانية، وهى أكثرهما ثمنًا، فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك: إن عتق الكثيرة الثمن أفضل، وإن كانت نصرانية. وقال أصبغ: عتق المسلمة أفضل.

ولو كانتا مسلمتين، وإحداهما أصلح دينًا، وهى أقل ثمنًا، فالكثيرة الثمن أولى.

وجه قول مالك ما روى ﷺ من اعتبار غلاء الثمن؛ لأنه هو الذى يخرجه المعتق. وأما الدين، فإنما هو شىء يختص بالرقبة، ولذلك قدمنا الكثيرة الثمن على الأصلح دينًا.

ووجه قول أصبغ حمله الحديث فى غلاء الثمن على التساوى فى الإسلام، ولا اعتبار بزيادة الصلاح؛ لأنه لا تأثير له فى المنع من إجزاء الرقبة الواجبة.

وللكفر تأثير فى ذلك، وقد روى عن ابن القاسم: أن الرقبتين إذا تقاربتا فى الأثمان بدأ بالأصلح. وروى أصبغ عن ابن عباس أنه سئل عن رقبتين إحدهما لغية، أيهما أفضل؟ فقال: أغلاهما ثمنًا بدينار.

* * *

١٤٧٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٩١.

مصير الولاء لمن أعتق

١٤٨٠ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَتْ بَرِيرَةُ، فَقَالَتْ: إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ، فَأَعِينِينِي، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ عَنْكِ عَدَدْتُهَا، وَيَكُونَ لِي وَلاؤُكِ، فَعَلْتُ، فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا، فَقَالَتْ لَهُمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيْهَا، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِ أَهْلِهَا، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ، فَقَالَتْ لِعَائِشَةَ: إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيَّ إِلا أَنْ يَكُونَ الْوَلاءُ لَهُمْ، فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهَا، فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلاءَ، فَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٨١ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرَادَتْ

١٤٨٠ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٤٥٦، الزكاة ١٤٩٣، البيوع ٢١٦٨، ٢١٦٩، النكاح ٥٠٩٧. ومسلم فى العتق ١٥٠٤. والترمذى فى البيوع ١٢٥٦، الوصايا ٢١٢٤، الولاء والهبة ٢١٢٥. والنسائى فى الزكاة ٢٦١٢، الطلاق ٣٤٤٥، ٣٤٤٦، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٤٩، ٣٤٥١، البيوع ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٥٤. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٥، ٢٩١٦، العتق ٣٩٢٩. وابن ماجه فى الطلاق ٢٠٧٦، الأحكام ٢٥٢١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، باقى مسند الأنصار ٢٣٥٣٣، ٢٣٦٦٧، ٢٤٠٠١، ٢٤٢٠١، ٢٤٣١٨، ٢٤٥١٠، ٢٤٧٥٦، ٢٤٨٦٥، ٢٤٨٩٨، ٢٤٩٢٤، ٢٤٩٤٠، ٢٥٠٠٦، ٢٥٠٣٦، ٢٥١٨٩، ٢٥٢٥٨، ٢٥٨٠٣. والدارمى فى الصلاة ١٢٤٣.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٤٥٠: الكلام فى حديث بريرة قد سبق كثير من الناس إليه وأكثروا فيه من الاستنباط فمنهم من جود، ومنهم من خلط وأتى بما ليس له معنى، كقول بعضهم: فيه إباحة البكاء فى المحبة لبكاء زوج بريرة، وفيه قبول الهدية بعد الغضب، وفيه إباحة أكل المرأة ما تحب دون بعلها. وفيه إباحة سؤال الرجل عما يراه فى بيته من طعام؛ إلى كثير من مثل هذا القول الذى لا معنى له فى الفقه والعلم عند أحد من العلماء.

١٤٨١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٦٩. والنسائى فى البيوع ٤٦٤٤. وأحمد فى مسند=

أَنْ تَشْتَرِىَ جَارِيَةً تُعْتِقُهَا، فَقَالَ أَهْلُهَا: نَبِيعُكِهَا عَلَى أَنَّ وَلاءَهَا لَنَا، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لا يَمْنَعَنَّكِ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٨٢ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَصُبَّ لَهُمْ ثَمَنَكِ صَبَّةً وَاحِدَةً، وَأُعْتِقَكِ، فَعَلْتُ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ بَرِيرَةُ لأَهْلِهَا، فَقَالُوا: لا، إلا أَنْ يَكُونَ لَنَا وَلاؤُكِ. قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَزَعَمَتْ عَمْرَةُ أَنَّ عَائِشَةَ ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا، فَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

الشرح: قول بريرة: **«كاتبت أهلى على تسع أواق، فى كل عام»** يقتضى أن الكتابة على النجوم جائزة، وتكون الكتابة شيئًا مقدرًا، وما يدفع منه فى كل عام مقدرًا.

وقولها: **«فاعينينى»** دليل على جواز السعى، وأخذ صدقات التطوع لتؤدّى بها عن نفسها.

وأما الصدقات الواجبة من الزكوات، فإن مالكًا قال: إن أعطى منها ما يتم بهعتق المكاتب، فجائز وغيره أحب إلىّ.

وأما أن يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه، فلا، وليس فى قول

=المكثرين من الصحابة ٤٨٠٢، ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، ٦٤١٦.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٧١/٨: هكذا هذا الحديث فى الموطأ، عند أكثر الرواة، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عائشة. ورواه يحيى بن يحيى النيسابورى، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عائشة: حدثناه عبدالرحمن بن يحيى، قال: حدثنا الحسن بن الخضر، قال: حدثنا أحمد بن شعيب، قال: حدثنا عبيدالله بن فضالة، قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك، فذكره.

١٤٨٢ – أخرجه البخارى فى الصلاة ٤٥٦، الزكاة ١٤٩٣، البيوع ٢١٦٨، ٢١٦٩، العتق ٢٥٦٤، النكاح ٥٠٩٧. ومسلم فى العتق ١٥٠٤. والنسائى فى الزكاة ٢٦١٢، الطلاق ٣٤٤٥، ٣٤٤٦، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٤٩، ٣٤٥١، ٣٤٥٢، البيوع ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٥٣، ٤٦٥٤. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٥، ٢٩١٦، العتق ٣٩٢٩. وابن ماجه فى الأحكام ٢٥٢١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، باقى مسند الأنصار ٢٣٥٣٣، ٢٣٦٦٧، ٢٤٠٠١، ٢٤٢٠١، ٢٤٣١٨، ٢٤٣٧٥، ٢٤٥١٠، ٢٤٧٥٦، ٢٤٨٦٥، ٢٤٩٢٤، ٢٤٩٤٠، ٢٥٠٠٦، ٢٥٠٣٦، ٢٥٢٥٨، ٢٥٨٠٣.

بريرة: «**فأعينيني**» ما يدل على زكاة، ولا على غيرها، وإنما طلبت العون على الأداء.

فصل: وقوله عائشة: «**إن أحب أهلك أن أعدهــا لهـم عددتهـا، ويكـون لى ولاؤك، فعلت**» يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الأداء، ويحتمل أن يكـون بمعنى شرائها لعجزها عن الأداء أو رجوعها إلى الرق.

قال ابن مزين لعيسى: كيف جاز لعائشة أن تشترى بريرة، وهى مكاتبة، فقال: نحمله على أنها عجزت، وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع. فأما شراء المكاتب، فاختلف فيه قول مالك، فقال مرة: إن فات بالعتق لم يرد، وقال مرة: يرد وينقض البيع.

وجه القول الأول أن العتق البيتل أقوى من الكتابة.

ووجه القول الثانى أن العتق إنما يترتب على صحة البيع، والبيع لا يجوز؛ لأن فيه نقصًا للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم، ولا ينتقض إلا بالعجز عن الأداء. وأما حمل اللفظ. على العجز عن الأداء، فيحتمل أن يعجز عنه، فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها، فجرجت تسعى فى أداء نجمها، فاختارت عائشة أن تترك السؤال، وترضى بالعجز لتشتريها، فينفذ عتقها، فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها؛ لأنها ربما عجزت عما بقى من نجومها بالمكاتبة، فيكون ذلك.

وإن أرادت النجم الذى حل بإعطاء من عائشة أو غيرها، ثم ربما إن كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الأداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون إذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع، أو على ما ظنت أنها لا يثبت لها إلا بالشرط.

فصل: وما ذكرت أن أهلها أبوا إلا أن يكون لهم الولاء، يحتمل من جهة اللفظ أنهم أرادوا بيع الكتابة لا بيع الرقبة، وذلك أن بيع الكتابة يقتضى بقاء الرقبة، والكتابة تقتضى أن يكون الولاء لمن كاتبه.

ويحتمل أنهم قد أراد بيع الرقبة، إما مع بقاء الكتابة، وإما بعد فسخ الكتابة، إلا أنهم اعتقدوا أن اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك، وهذا هو الأظهر من الحديث لما قضى بالولاء لعائشة رضى الله عنها.

فصل: وقوله ﷺ: «**خذيها واشترطى لهم الولاء**» ظاهره اشتراطه للبائع. وقال أبو جعفر بن النحاس: معنى ذلك، اشترطى عليهم الولاء لنفسك، وأن «لهم»، بمعنى

عليهم، وهذا غير صحيح، فإن فى رواية ابن عمر فى هذا الحديث أنهم أبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فقال رسول الله ﷺ: «لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق» ثم بين ذلك بقوله: «ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست فى الكتاب الله عز وجل من اشترط ليس فى كتاب عز وجل، فهو باطل».

وذلك يقتضى أنهم، وإن اشترطوا الولاء لأنفسهم فى البيع، فإن اشتراط ذلك لا ينفع، ولو اشترطوه مائة مرة، فإن شرط الله، يعنى الولاء، ما أمر به وشرعه أحق وأوثق، وإنما الولاء بالعتق لا بالشرط.

وقد روى فى المزنية عيسى عن ابن القاسم فى مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه، ويكون الولاء لمن باعه، فقال: الولاء لمن أعتقه، والشرط باطل.

وقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إنما أمر النبى ﷺ عائشة بشراء بريرة، ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة، يريدون ولكن بعد الإعلام لهم بوجه الحكم فى ذلك مع الشرط.

قال سحنون: إذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه ﷺ أنه قال: «إنى لأنسى أو أنسى لأسن» يريد أن الفعل أثبت فى النفوس من التعليم بالقول، وأنكر قول من قال: اشترطى لهم، بمعنى عليهم، وقال: ما علمت من قاله.

فصل: وقوله: **«فإنما الولاء لمن أعتق»** قال سحنون: معناه من أعتق عن نفسه؛ لأنهم أجمعوا أن الوصية بعتق عن الميت، فإن الولاء للميت. وروى ابن سحنون عن أبيه: من أعتق عبده عن غيره، فولاؤه للغير، وإن كره.

قال القاضى أبو محمد: سواء أعتق عنه بإذنه أو بغير إذنه. وقال أبو حنيفة والشافعى: الولاء للمعتق، إذا أعتق عنه بغير إذنه.

ودليلنا على ما قدمناه أن الولاء معنى يورث له على وجه التعصيب، فلا يفتقر حصوله لمن حصل له إلى إذنه كالنسب.

ودليل آخر، أن الولاء تعصيب ثبت بالإذن، فوجب أن يثبت بغير إذن. أصل ذلك الرجل يعتق عبده، فيثبت ولاؤه لعصبته، وإن كرهوا ذلك.

مسألة: ومن هذا الباب عندى من يعتق فى الزكاة أن الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق؛ لأنه لم يعتق عن نفسه، وإنما أعتق عن غيره، فقوله ﷺ: **«إنما الولاء لمن أعتق»** محمول على عمومه إلا أنه خص منه المعتق عن غيره.

وقد روى عنه: «أن الولاء لمن أعطى الورق»، وقد يكون فى الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق. وأما العتق فى الكفارة فولاؤه للمعتق؛ لأنه أعتق عن نفسه.

مسألة: ومن أعتق مدبره عن فلان، فالولاء للمعتق، قاله ابن القاسم فى العتبية والموازية، قال عنه عيسى: ولا أحب ابتداء ذلك. ومعنى ذلك ما فيه من إتمام نقل الولاء عن المدبر.

قال عيسى: قيل لابن القاسم: فالمكاتب مثله، قال: ما أشبهه به، يريد أن من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة، ولا يقدر أن يفسخ بمال، وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد، وهذا فى البيع بشرط العتق؛ لأنه لم يسوغه نقض عقد الكتابة.

وقد قال عنه أصبغ فى المدبر يبيعه من غير شرط، فيعتقه المبتاع: إن الولاء للمبتاع؛ لأنه قد سوغه بإطلاق البيع للملك الذى يبطل الولاء، فإذا فات، رد البيع بالعتق، والولاء للمبتاع المعتق.

مسألة: ومن أعتق أم ولده عن أجنبى، فولاؤه للمعتق، وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ: الولاء للبائع والعتق ماضى كما لو أعطاه مالاً على العتق. وروى عن سحنون: العتق باطل، وترد إلى سيدها أم ولد.

وجه القول الأول ما أشار إليه من أن بيعها ممن يعتقها، وإن كان لفظه لفظ البيع، فإن معناه أن يعطيه المبتاع مالاً على أن يعجل عتقها، وذلك جائز، فيحمل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ.

ووجه القول الثانى أن العقد إنما يباشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع، فإذا بطل البيع بالشرع فى أم الولد، لم يصح العتق؛ لأنه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع.

فرع: فإذا قلنا ينفذ العتق، فإن المال سائغ للبائع. وروى ابن الماجشون: الولاء للبائع، والعتق ماض، ويرد الثمن.

وجه القول الأول ما تقدم من أنه بمنزلة إعطاء المال على تعجيل العتق، وذلك جائز.

ووجه القول الثانى أن العتق لما وقع بإذن سيدها، نفذ بمنزلة من أذن لرجل فى أن يعتق أمته، ولما بطل البيع، رد ما تعلق من الثمن؛ لأنه إنما أخذه على وجه الثمن.

١٤٨٣ – مَالِك عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ.

الشرح: نهية عن بيع الولاء وعن هبته. أصل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبة إذا ثبت بعتق أو بعقد لازم، يقتضى العتق، فإنه لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة؛ لأن النبى ﷺ، قال: «إنما الولاء لمن أعتق» يريد أن الولاء إنما ثبت لمن أوقع العتق عن نفسه.

وقال العلماء: إن معناه إذا أوقع عنه العتق غيره، ومن ابتاع الولاء بعد ثبوته أو هبته، فليس بمعتق عنه. وأما انتقال الولاء بالمواريث والجد، فمن باب ميراث الحقوق بسبب العتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل، وإنما هو باق كالنسب.

مسألة: إذا ثبت ذلك فمن باع ولاء معتقه، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: يبطل بيعه، ويرد الثمن على المبتاع، ولو وهبه لم تمض هبته، وكان الولاء له لا للموهوب له. قال: لأن الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب. قال: وقد روى عن بعض الصحابة إجازته هبة الولاء. والدليل عليه ما تقدم من حديث النبى ﷺ.

قَالَ مَالِك فِي الْعَبْدِ يَبْتَاعُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلَى أَنَّهُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ: إِنَّ ذَلِكَ لا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلا أَذِنَ لِمَوْلاهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ مَا جَازَ ذَلِكَ؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ

١٤٨٣ – أخرجه البخارى فى العتق ٢٥٣٥، الفرائض ٦٧٥٦. ومسلم فى العتق ١٥٠٦. والترمذى فى البيوع ١٢٣٦، الولاء والهبة ٢١٢٦، الفتن ٢٢٠٠. والنسائى فى البيوع ٤٦٥٥، ٤٦٥٦، ٤٦٥٧، القسامة ٤٧٣٨، ٤٧٣٩، ٤٧٤٠. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٩، البيوع ٣٣٦٣. وابن ماجه فى الفرائض ٢٧٤٧، ٢٧٤٨، الجهاد ٢٧٥٧، ٢٧٥٨. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٤٦، ٥٤٧٢، ٥٨١٦. والدارمى فى البيوع ٢٥٧٢، الاستئذان ٢٦٨٨، الفرائض ٣١٥٥، ٣١٥٦. . والبيهقى فى الكبرى ٢٩٢/١٠ كتاب الولاء، عن ابن عمر. وابن أبى شيبة ٤١٨/١١، عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٧٤/٨: هكذا روى هذا الحديث، عن مالك، جماعة الرواة فيما علمت، وكذلك هو فى الموطأ، إلا أن محمد بن سليمان رواه عن مالك، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر، عن عمر، عن النبى ﷺ أنه قال: «الولاء لا يباع ولا يوهب» ولم يتابعه أحد على ذلك.

الْوَلاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ، فَإِذَا جَازَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لَهُ، وَأَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ، فَتِلْكَ الْهِبَةُ.

الشرح: قوله: **«ليس للعبد أن يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء»** صحيح؛ لأنه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لزيد أو لعمر أو لمن يختار العبد. وقال ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق».

وقد قال العلماء: معناه أو أعتق عنه، وهذا الذى يختار العبد موالاته فى المستقبل لم يعتق، ولا أعتق عنه، ونهى أيضًا ﷺ عن بيع الولاء وهبته، وما يختار العبد من صرف ولائه إلى من شاء، إذا يكن العتق، فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق عنه إلى من يختاره العبد ببيع أو هبة؛ لأنه لم يثبت له ابتداء، وكلا الوجهين ممنوع لنهيه ﷺ عنهما.

وفى المزنية، سألت عيسى عما كره مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالى من شاء، أرأيت إن وقع ذلك أيكون له أن يوالى من شاء؟ قال: الولاء للسيد، والشرط باطل.

* * *

جر العبد الولاء إذا أعتق

١٤٨٤ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، وَلِذَلِكَ الْعَبْدِ بَنُونَ مِن امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، فَلَمَّا أَعْتَقَهُ الزُّبَيْرُ، قَالَ: هُمْ مَوَالِىَّ وَقَالَ مَوَالِى، أُمِّهِمْ: بَلْ هُمْ مَوَالِينَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى عُثْمَانُ لِلزُّبَيْرِ بِوَلائِهِمْ.

الشرح: قوله: **«أن الزبير اشترى عبدًا له بنون من امرأة حرة، فأعتقه فقضى له عثمان بولائهم»** قال ابن سحنون عن أبيه: قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم، أن ولد المرأة المعتقة ولاؤه لموالى أمه، ما كان أبوه عبدًا، فإذا عتق جره إلى مواليه، وإن كانت عربية، فولاؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه، فعلى هذا فى مسألة الزبير كانت زوجة العبد مولاة، فكان ولايتهم لموالى أمهم، فلما أعتق الزبير أباهم رأى أنه قد جر ولاءهم، وصاروا موالى له.

١٤٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٩٦.

قال ابن المواز عن مالك: ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة، يريد أنه بنفس العتق ينجر الولاء، ولا يفتقر إلى حكم ولا رضا أحد. وقال مالك في العتبية من رواية أشهب: ولو كان العبد مريضًا شديدًا، فأعتق غدوة، ومات عشية، إذا ناله العتق حيًا.

ووجه ذلك أن الولاء يثبت بنفس سببه بعد ثبوته لغير من يجره إليه كابن الملاعنة يثبت ولاؤه لموالى أمة، إن كانت مولاة، فإن أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء إليه فورثه.

مسألة: ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه، فعتق عليه كان ولاء أبيه له يجره إلى موالى أمه، رواه فى العتبية أشهب عن مالك. قال سحنون. وهو قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار، فإنه قال: هو كالسائبة، وولاؤه للمسلمين.

وجه قول مالك أن الأب لما أعتقه ابنه ولاؤه له، ولم يثبت له ولاء الابن.

ووجه قول محمد أن الابن لا يجر ولاء، فيثبت ولاء الأب لجماعة المسلمين.

١٤٨٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ لِمَنْ وَلاؤُهُمْ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنْ مَاتَ أَبُوهُمْ، وَهُوَ عَبْدٌ، لَمْ يُعْتَقْ، فَوَلاؤُهُمْ لِمَوَالِى أُمِّهِمْ.

قَالَ مَالِك: وَمَثَلُ ذَلِكَ وَلَدُ الْمُلاعَنَةِ مِنَ الْمَوَالِى يُنْسَبُ إِلَى مَوَالِى أُمِّهِ، فَيَكُونُونَ هُمْ مَوَالِيَهُ، إِنْ مَاتَ وَرِثُوهُ، وَإِنْ جَرَّ جَرِيرَةً، عَقَلُوا عَنْهُ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ، أُلْحِقَ بِهِ وَصَارَ وَلاؤُهُ إِلَى مَوَالِى أَبِيهِ، وَكَانَ مِيرَاثُهُ لَهُمْ، وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُجْلَدُ أَبُوهُ الْحَدَّ.

قَالَ مَالِك: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْمُلاعِنَةُ مِنَ الْعَرَبِ إِذَا اعْتَرَفَ زَوْجُهَا الَّذِى لاعَنَهَا بِوَلَدِهَا، صَارَ بِمِثْلِ هَذِهِ الْمَنْزِلَةِ إِلا أَنَّ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ بَعْدَ مِيرَاثِ أُمِّهِ وَإِخْوَتِهِ لأُمِّهِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يُلْحَقْ بِأَبِيهِ، وَإِنَّمَا وَرَّثَ وَلَدُ الْمُلاعَنَةِ الْمُوَالاةَ مَوَالِىَ أُمِّهِ قَبْلَ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ أَبُوهُ، لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ وَلا عَصَبَةٌ، فَلَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ صَارَ إِلَى عَصَبَتِهِ.

الشرح: قول ابن المسيب: «**فى عبد له ولده من امرأة حرة، إن مات أبوهم عبدًا، فولاؤهم لموالى أمهم**» ظاهره أنهم ولدوا بعد عتق الأم، لأنه شرط فى ذلك أن يموت

١٤٨٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٩٧.

أبوهم عبدًا؛ لأن هؤلاء لو أعتق أبوهم لجر الولاء، ولو ولد هؤلاء فى حال رق أمهم، فنالهم الرق، ثم عتقوا مع أمهم وأفردوا بالعتق حال الحمل أو بعد الولادة. فإن ولاء هم يكون لمن أعتقهم، سواء بقى أبوهم على حال الرق، أو انتقل بالعتق إلى حرية، ولا يجر ولاءهم؛ لأن الولاء الثابت بالعتق، لا يجره عتق أب ولا شىء، وإنما يجر ولاء ثبت بالولادة العتق، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله مالك: **«ومثل ذلك ولد الملاعنة ينسب إلى موالى أمه، فإن اعترف به أبوه لحق به، وصار ولاؤه لموالى أمه»** يريد أنه إذا كانت أمه مولاة لقوم، وبطل نسبه من أبيه، وهو مولى باللعان صار ولاؤه لموالى أمه.

فإن اعترف به أبوه رد ولاؤه إلى مواليه، فجعل اللعان كحال كون الأب عبدًا، وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب منن العتق، فيجر به ولاء أبيه إلى مواليه.

فصل: وقوله: **«وكذلك إذا كانت أمة من العرب، فيعترف زوجها، فالولد مثل ذلك»** يريد أن نسب الابن يرجع بالاعتراف إلى نسب الأب إلا أن ابن العربية إذا ورث ذوى الفروض حقوقهم، وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين، وولد الملاعنة يرث موالى أمه الباقى، وذلك أن الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث، فبقاء موالى الأب فى ذلك المولى بمنزلة بقاه عصبة الأب فى العربى، والله أعلم.

وقال ابن مزين سألت عيسى عن تفسير قول مالك فى ولد الملاعنة العربية، وولد الملاعنة المولاة: يرث أمه وإخوانه لأمه حقوقهم، ويرث بقية ميراثه موالى أمه، ولا يرث عصبة المرأة العربية بقية الميراث.

فقال: عصبة المرأة العربية أخوال ولدها، وكذلك لو كان للمرأة إخوة، لكانوا أخوالاً لا يرثون، ويكون بقية ميراث ولدها لمواليها، فإن لم يكن لها موالى، فلجماعة المسلمين وأما موالى الأم، فإنهم إنما يرثون بالولاء.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى وَلَدِ الْعَبْدِ مِنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ وَأَبُو الْعَبْدِ حُرٌّ، أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْعَبْدِ يَجُرُّ وَلاءَ وَلَدِ ابْنِهِ الأَحْرَارِ مِنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، يَرِثُهُمْ مَا دَامَ أَبُوهُمْ عَبْدًا، فَإِنْ عَتَقَ أَبُوهُمْ، رَجَعَ الْوَلاءُ إِلَى مَوَالِيهِ، وَإِنْ مَاتَ، وَهُوَ عَبْدٌ، كَانَ الْمِيرَاثُ وَالْوَلاءُ لِلْجَدِّ، وَإِن كَانَ الْعَبْدُ لَهُ ابْنَانِ حُرَّانِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، وَأَبُوهُ عَبْدٌ، جَرَّ الْجَدُّ أَبُو الأَبِ الْوَلاءَ وَالْمِيرَاثَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن الجد يجر إلى مواليه ولاء ابن ابنه ما كان الأب عبدًا. قال ابن المواز: مات أو عاش.

ووجه ذلك أن جر الولاء معنى يختص بالأبوة، ولا يشارك فى ذلك الأب غير الجد.

قال سحنون عن ابن الماجشون: وكذلك أبو الجد إذا كان حرًا وكان الجد وابنه عبدين، فإنه يجر إلى مواليه ولاء ابن ابنه حتى يعتق الجد، فينتقل الولاء إلى موالى الجد أو حتى يعتق الأب، فينتقل الولاء إلى مواليه، وإن مات الأب عبدًا، ثبت الولاء لمن جره إليه الجد. قال فى كتاب ابن المواز: ولا ينقل أحد من القرابات الولاء إلا الأب.

فصل: وقوله: «**وإن كان للعبد ابنان حران وأب، فمات أحد الابنين جر الجد الولاء والميراث**» يريد أن الأب ما دام عبدًا لا يرث، ولا يجر ولاء، ولا يحجب فمن مات من ولده، فالجد أبو الأب يجر ولاء الميت؛ لأن الأب عبد والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء، والأخ لا يجر ولاء.

قَالَ مَالِك فِى الأَمَةِ تُعْتَقُ، وَهِىَ حَامِلٌ، وَزَوْجُهَا مَمْلُوكٌ، ثُمَّ يَعْتِقُ زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا أَوْ بَعْدَمَا تَضَعُ: إنَّ وَلاءَ مَا كَانَ فِى بَطْنِهَا لِلَّذِى أَعْتَقَ أُمَّهُ لأنَّ ذَلِكَ الْوَلَدَ قَدْ كَانَ أَصَابَهُ الرِّقُّ قَبْلَ أَنْ تُعْتَقَ أُمُّهُ وَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِى تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ؛ لأنَّ الَّذِى تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعَتَاقَةِ إِذَا عَتَقَ أَبُوهُ جَرَّ وَلاءَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أعتق أمته، وهى حامل، وزوجها حين أعتقها مملوك، ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع أن ولاء الولد يثبت لموالى أمه لا يجره أبوه إذا عتق.

قال سحنون عن ابن الماجشون: وذلك إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم، فإن ولدته لستة أشهر فأكثر، قال الشيخ أبو محمد: يريد وليست بظاهرة الحمل، والزوج مرسل عليها، فإن الأب يجر ولاءه إلى معتقه.

ووجه ذلك أن الولد إذا مسه الرق فعتق، فإن ولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق» ولا ينتقل عنه بجر أب ولا غيره، والذى يعلم به أنه قد مسه الرق أن تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت، أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل، أو يكون زوجها ممنوعًا منها لا يصل إليها فهنا ثبت ولاء ما وضعته لسيدها؛ لأنه يعلم

أنها حملت به قبل أن تعتق، فقد مسه رقه، وعتق بعتقه، فثبت ولاؤه له ثبوتًا لا ينتقل عنه.

وإنما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق، وإنما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق، فيجر ولاءه إلى مواليها؛ لأن الأب عبد لا مدخل له فى الولاء، فإذا عتق الأب بعد ذلك جر ولاء ابنه؛ لأن الولاء ثابت فى الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى فى جر الولاء من جنبة الأم.

مسألة: ولو ادعى معتق الأب أنها حملت به بعد العتق، وقال سيد الأمة: إنها كانت حاملاً يوم العتق، فمعتق الأب مصدق. قال أشهب: لأن الظاهر أنها ولدته، وهى حرة، وإنما شك فى وقت الحمل. وذكر فى كتاب محمد: إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق، أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن تزوج مدبرة، فمات السيد، وقد ولدت أولادًا، وهى حامل يوم موته، فولاؤهم لمن يعتق فى ثلثه، وإن كان زوجها عبدًا، ثم أعتق لم يجر ولاءهم، إلا أن تحمل بهم بعد موت سيدها، قاله أصبغ فى الموازية. ووجهه ما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى الْعَبْدِ يَسْتَأْذِنُ سَيِّدَهُ أَنْ يُعْتِقَ عَبْدًا لَهُ، فَيَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ: إِنَّ وَلاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، لا يَرْجِعُ وَلاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِى أَعْتَقَهُ، وَإِنْ عَتَقَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا أعتق عبده لم يخل أن يعتقه بإذن سيده أو بغير إذنه، فإذا أعتقه بإذنه ثبت ولاؤه للسيد؛ لأنه هو المعتق، ثم إن أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء؛ لأنه قد ثبت لسيده بالعتق، فلا ينتقل عنه بحرية العبد المعتق، وإذا أعتقه بغير سيده، ثم علم به السيد، فلم يجز، ولم يرد حتى عتق العبد، ففى الموازية: أن ولاءه للعبد.

ووجه ذلك أنه لم يوجد فيه من إذن السيد ما يستحق به ولاءه كما لو لم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد.

مسألة: وأما عتق المدبر وأم الولد، فإن أعتق أحدهم بإذن السيد فى وقت للسيد انتزاع ماله، فولاء ما أعتق للسيد، ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق المدبر وأم الولد؛ لأنه أذن فى العتق فى وقت كان له انتزع المال كإذنه للعبد.

وإن كان العتق بإذن السيد فى وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض للسيد، فإن ولاء ما أعتقوه بإذن السيد يرجع إليهم إذا عتقوا، وكذلك المعتق إلى أجل فى قرب الأجل يمنع انتزاع ماله وبعده الذى لا يمنع منه، قاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم.

وقال عبدالله بن عبدالحكم: اختلف فى ولاء ما أعتق المدبر وأم الولد، وأحب إلىّ أن يكون للسيد، وإن مات من مرضه لا يرجع إليهما، وإن عتقا؛ لأنه كان له أخذ مالهما بسبب صحته إن صح، يريد لأنه لا يقطع بمنعه من مالهما لما يجوز عليه من الصحة، وذلك يجعل الولاء له.

مسألة: وأما من أعتق منهم بغير إذن السيد، فلم يعلم به حتى عتقوا، فإن ولاء ما أعتقوه يكون لهم دون السيد، إن لم يكن السيد استثنى مالهم، وإن استثنى ما لهم، بطل العتق ورقوا للسيد، قاله كله فى الواضحة مطرف وابن الماجشون، ورواه أصبغ عن ابن القاسم.

فرع: فإذا قلنا إن ولاء من أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد لهما دون السيد، فإن صح السيد من مرضه ذلك؟ قال أصبغ: الولاء لهما، ولا يرجع إلى السيد. وقال محمد: حكم ذلك حكم مالهما إن انتزعه فى مرضه، فمات، رد عليهما، وإن صح، فهو له، فكذلك ولاء ما اعتقا بإذنه مراعى على ما تقدم.

مسألة: وما أعتقه المكاتب، ثم عجز، فولاؤه للسيد، ثم إن أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع إليهما الولاء، وذلك فى الموازية.

ووجه ذلك أنه أعتق بإذن سيده، ثم أظهر أنه ممن يجوز انتزاع ماله، فلا يرجع الولاء إليه، وإن عتق كالعبد القن، وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم فى المدبر وأم الولد يعتقان فى مرض سيدهما، ثم يعتق السيد، والله أعلم.

* * *

ميراث الولاء

١٤٨٦ - مَالِك عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ

١٤٨٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٩٨.

أَنَّ القاضى ابْنَ هِشَامٍ هَلَكَ، وَتَرَكَ بَنِينَ لَهُ ثَلاثَةً اثْنَان لأمٍّ وَرَجُلٌ لِعَلَّةٍ، فَهَلَكَ أَحَدُ اللَّذَيْنِ لأمٍّ، وَتَرَكَ مَالا وَمَوَالِيَ، فَوَرِثَهُ أَخُوهُ لأبِيهِ وَأُمِّهِ، مَالَهُ وَوَلاءَهُ مَوَالِيهِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِى وَرِثَ الْمَالَ وَوَلاءَ الْمَوَالِى، وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لأبِيهِ، فَقَالَ ابْنُهُ: قَدْ أَحْرَزْتُ، مَا كَانَ أَبِى أَحْرَزَ مِنَ الْمَالِ وَوَلاءِ الْمَوَالِى، وَقَالَ أَخُوهُ: لَيْسَ كَذَلِكَ إِنَّمَا أَحْرَزْتَ الْمَالَ، وَأَمَّا وَلاءُ الْمَوَالِى، فَلا، أَرَأَيْتَ لَوْ هَلَكَ أَخِى الْيَوْمَ، أَلَسْتُ أَرِثُهُ أَنَا فَاخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى لأخِيهِ بِوَلاءِ الْمَوَالِى.

الشرح: قوله: «**أن عثمان رضى الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق**» ولا يجرى فى ذلك مجرى المال؛ لأن المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه، وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق.

ولذلك إذا مات أحد الأخوين الشقيقين، ورثه أخوه شقيقه، دون الأخ للأب، وتعجل أخذ المال، ثم مات الثانى من الشقيقين، ورث بنوه ما انتقل إليه من المال، ولم يرثوا الولاء؛ لأنه أمر باق بعد، فمن مات من موالى أول الشقيقين موتًا، ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين؛ لأنه إنما يعتبر فى الأحق به من كان أحق بعتقهم يوم موت الموالى، ولا خلاف أن الأخ للأب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات المولى، والله أعلم وأحكم.

وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الأخ الشقيق أولى بالولاء من أخ للأب، والأخ للأب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب، وعلى هذا قال ابن المواز: الابن أحق الناس بولاء موالى أبيه، ثم الأخ الشقيق أو للأب، ثم ابن الأخ الشقيق أو للأب، هما أولى من الجد. وأما الأخ للأم وابنه، فلا حظ له فى الولاء، والجد أولى من العم.

وجه تقديم الإخوة وبنى الإخوة على الجد فى الولاء بخلاف الميراث، أن الميراث إنما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض، والإخوة وبنو الإخوة أثبت منهم فى التعصيب من الجد؛ لأنهم لا يرثون بفرض، والجد يورث بالفرض مع أنهم أقرب إلى الميت من الجد؛ لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلى بالأبوة، والبنوة أثبت فى التعصيب من الأبوة.

مسألة: وإذا توفى رجل له عاصبان متساويان فى القعدد، أحدهما أخ لأم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم: هما سواء فى استحقاق ولاء مواليه. وقال

أشهب: الأخ للأم أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر لـلأب، فالشـقيق أولى لزيادة القرابة بالأم، وكذلك العم الشقيق مع العم للأب.

١٤٨٧ – مَالِك عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَـزْمٍ أَنَّـهُ أَخْبَرَهُ أَبُـوهُ أَنَّـهُ كَـانَ جَالِسًا عِنْدَ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ، فَاخْتَصَمَ إِلَيْهِ نَفَرٌ مِنْ جُهَيْنَةَ وَنَفَرٌ مِنْ بَنِـي الْحَـارِثِ بْـنِ الْخَزْرَجِ، وَكَانَتِ امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، يُقَالُ لَـهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ كُلَيْبٍ، فَمَاتَتِ الْمَرْأَةُ، وَتَرَكَتْ مَالا وَمَوَالِيَ، فَوَرِثَهَا ابْنُهَا وَزَوْجُهَا، ثُـمَّ مَاتَ ابْنُهَا، فَقَالَ وَرَثَتُهُ: لَنَا وَلاءُ الْمَوَالِي، قَدْ كَانَ ابْنُهَـا أَحْـرَزَهُ، فَقَـالَ الْجُهَنِيُّـونَ: لَيْسَ كَذَلِكَ، إِنَّمَا هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَـا، فَـإِذَا مَـاتَ وَلَدُهَـا، فَلَنَـا وَلاؤُهُـمْ، وَنَحْـنُ نَرِثُهُمْ، فَقَضَى أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ لِلْجُهَنِيِّينَ بِوَلاءِ الْمَوَالِي.

١٤٨٨ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ قَالَ فِي رَجُلٍ هَلَكَ وَتَـرَكَ بَنِـينَ لَهُ ثَلاثَةً وَتَرَكَ مَوَالِيَ أَعْتَقَهُمْ هُوَ عَتَاقَةً، ثُمَّ إِنَّ الرَّجُلَيْنِ مِنْ بَنِيهِ هَلَكَا وَتَرَكَـا أَوْلادًا، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: يَرِثُ الْمَوَالِيَ الْبَـاقِي مِـنَ الثَّلاثَـةِ، فَـإِذَا هَلَـكَ هُـوَ، فَوَلَـدُهُ وَوَلَدُ إِخْوَتِهِ فِي وَلاءِ الْمَوَالِي شَرَعٌ سَوَاءٌ.

الشـرح: قولـه: **«فـي المـرأة الجهينيـة التـي توفيـت عـن مـال ومـوال، فورثهـا ابنهـا وزوجها، ثم مات ابنها، فقال ورثتـه: لنـا ولاء المـوالي، قـد كـان ابنهـا أحـرزه، وقـال الجهينيون: هم موالي صاحبتنا، فإذا مات ولدها، فلنـا الـولاء، فقضـى أبـان بـن عثمـان بولائهم للجهينيين»** يريد ما قدمناه من أن الاعتبار في الولاء لمن كان أحق به يوم مـوت الموالي، وذلك أن الولاء بمنزلة النسب.

فما تقدم من ثبوت الولاء إنما هو بمنزلة ثبوت النسب قـد يكـون اليـوم الرجـل أحـق بالرجل من جهة النسب، ثم ينقل الأمر، فيكون غيره أحـق بـه منـه عنـد الميراث، وقـد يبعد عنه اليوم، ويكون غيره أحق بـه، ثـم يكـون عنـد الميراث، وكذلـك الـولاء يعتـق الرجل المولى، ثم يموت عن أخ وولد، فالولد أقرب إلى الموالي؛ لأنه أقرب إلى المعتق.

فإن مات الابن عاد القرب والحق للأخ، فمن مات من الموالي بعد موت الولـد ورثـه

١٤٨٧ – ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٠٠.

١٤٨٨ – ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٩٩.

الأخ دون ورثته؛ لأنه إنما ينظر إلى استحقاق المال يوم مات الموروث، لا يوم استحقاق سببه، سواء كان ذلك بنسب أو ولاء.

وفى الموازية فى امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها، وتركت موالى، ثم مات الابن وترك عمه وخاله، فالولاء لخاله دون عمه؛ لأن الخال عصبة أمه، يريد أنه أخوها، ولما ماتت الأم كان الابن أقرب إليها من أخيها، وأحق بميراث مواليها.

روى عيسى عن ابن القاسم: ميراث المرأة لولدها الذكور، وعقلهم على قومها، وإليهم ينسبون، ولم يثبت له الولاء بموت من أعتق، وإنما يثبت له منه أنه أحق به الآن من أخيها، ولو ملكه، ملكه أولا من أعتق لا ينقل عنه إلى غيره، فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن، فلا مدخل له فيه؛ لأنه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه، فينجر إليه ولاء من أعتقت.

وقد قال أشهب فى هذه المسألة: وما ورث ابنها الولاء إلا زحفًا، يريد أنه ليس من قومها، ولكنه لما كان الولد أقوى تعصيبًا، والولاء يختص بالتعصيب، قدم على قومها، فلما مات قدم أقرب قومها إليها.

مسألة: ولو أن عبدًا له ابن وابنة اشترياه، فعتق عليهما، ثم أعتق الأب عبدًا، فمات الأب، ثم مات مولاه، فميراث الأب بينهما بالنسب، وميراث المولى للابن وحده، وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب، قاله مالك وابن الماجشون، وهو فى الموازية وكتاب ابن سحنون، قالا: لأنه لا يورث بالولاء إلا مع عدم النسب، فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه.

ومعنى ذلك أن من أعتق عبدًا له ولد حر، ثم أعتق الأب عبيدًا، ومات الولد يرث الموالى دون من أعتق أباه؛ لأن وراثة الابن موالى أبيه وراثة بالنسب ما ثبت بالولاء، ووراثة معتق الأب لموالى الأب وراثة بالولاء ما يثبت بالولاء.

وفى الكتابين أن مما يبين هذا أنه لو كان موضع الابنة أجنبى موالى الأب الابن دون الأجنبى لما قدمناه أن الابن يرثهم بالنسب والأجنبى يرثهم بالولاء.

* * *

ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي أو النصراني

١٤٨٩ - مَالِك أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ السَّائِبَةِ فقال: يُوَالِي مَنْ شَاءَ، فَإِنْ مَاتَ، وَلَمْ يُوَالِي أَحَدًا، فَمِيرَاثُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ مَالِك: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي السَّائِبَةِ، أَنَّهُ لا يُوَالِي أَحَدًا وَأَنَّ مِيرَاثَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَعَقْلَهُ عَلَيْهِمْ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه قد يعتق الرجل عبده سائبة. وروى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم: أكره عتق السائبة؛ لأنه كهبة الولاء. قال عيسى: أكرهه وأنهى عنه. قال أصبغ وسحنون: لا تعجبنا كراهته لذلك، وهو جائز كما يعتق عن غيره، يريد عن معتق.

مسألة: ومن قال لعبده: أنت سائبة، يريد العتق، قال في العتبية أصبغ عن ابن القاسم: هو حر، وإن لم يذكر الحرية، ومن أعتق عبده سائبة فمعناه أنه أعتقه عن جماعة المسلمين، فثبت ولاؤه لهم، وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس، وبه قال ابن القاسم ومطرف. قال ابن حبيب عن ابن نافع ابن الماجشون: وولاؤه لمعتقه، وبه قال عمر بن عبد العزيز.

وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع أنه قال: لا سائبة عندنا اليوم في الإسلام، ومن أعتق سائبة، فولاؤه له.

وجه القول الأول أن الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين.

ووجه قول ابن نافع ما روى عنه ﷺ أنه قال: «وإنما الولاء لمن أعتق» وهذا معتق ولأنه لم يعتق عن معين، فكان الولاء له كما لو أطلق العتق.

قَالَ مَالِك فِي الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يُسْلِمُ عَبْدُ أَحَدِهِمَا، فَيُعْتِقُهُ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ: إِنَّ وَلاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ الْوَلاءُ أَبَدًا. قَالَ: وَلَكِنْ إِذَا أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ عَبْدًا عَلَى دِينِهِمَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الْيَهُودِيُّ أَوِ النَّصْرَانِيُّ الَّذِي أَعْتَقَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ الْوَلاءُ؛ لأَنَّهُ قَدْ كَانَ ثَبَتَ لَهُ الْوَلاءُ يَوْمَ أَعْتَقَهُ.

١٤٨٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٠١.

قال مالك: وَإِنْ كَانَ لِلْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ، وَرِثَ مَوَالِيَ أَبِيهِ الْيَهُودِيِّ أَوِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ حِينَ أُعْتِقَ مُسْلِمًا، لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِ النَّصْرَانِيِّ أَوِ الْيَهُودِيِّ الْمُسْلِمَيْنِ مِنْ وَلاءِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَلا لِلنَّصْرَانِيِّ وَلاءٌ، فَوَلاءُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

الشرح: قوله: «**في اليهودى والنصرانى، يسلم عبد أحدهما، فيعتقه قبل أن يباع عليه**» يقتضى أنه يباع عليه، إن لم يخرجه عن ملكه.

ووجه ذلك أنه لا يجوز استرقاق كافر مسلمًا، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «المسلم أخو المسلم لا يثلمه، ولا يظلمه» وليس حين أثلمه له أعظم من أن يسلمه إلى استرقاق الكافر.

فصل: وقوله: «**وأن ولاء العبد للمسلمين**» سماه عبدًا على وجه التجوز، ومعناه أنه كان عبدًا، وإنما هو الآن بعد العتق حر، ولو كان عبدًا لم يثبت له ولاء لورثة مولاه الكافر بحكم الرق. وفى الموازية: يرث المسلم عبد عبده النصرانى أو المجوسى بالرق، ولو أسلم عبد المجوسى، ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق، قال: وكذلك مدبره وأم ولده.

ووجه ذلك أنه ليس على معنى الميراث؛ لأنه لو كان على وجه الميراث لكان أحق بميراثه من يرثه بالنسب والرق ينافى التوارث، ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له.

فصل: وقوله: «**وإن أسلم اليهود أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء أبدًا**» وذلك أن العتق وقع فى وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين؛ لأنه لا يثبت ولاء مسلم للكافر، قال الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض**﴾ [المائدة: ٥١].

فإذا أعتق الكافر المسلم، ولم يصح ثبوت الولاء للكافر، ولابد من الولاء، لم يكن له موضع يرجع إليه إلا إلى جماعة المسلمين، فيثبت ولاؤه لهم لقوله تعالى: ﴿**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**﴾ [التوبة: ٧١].

فصل: وقوله: «**وإن أعتق اليهودى أو النصرانى عبدًا على دينه، ثم أسلم المعتق، ثم أسلم من أعتقه، رجع عليه ولاؤه؛ لأنه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه**» يريد أن النصرانى

إن أعتق عبده النصراني، فقد ثبت لـه ولاؤه لاتفـاق الدينـين، فـإن أسـلم أحدهمـا، ثـم مات المعتق لم يرثه المعتق؛ لاختلاف الدينين.

وذلك معنى يمنع التوارث مع النسب، وكذلك مع الولاء، ولو جمعهما الإسـلام بعـد العتق، ثم مات لورثه المعتق لاجتماعهما فـي الديـن، ولا يمنـع مـن ذلـك افتراقهمـا فـي الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افترقهما في الدين بعد ثبـوت النسـب، إذا كانوا مسلمين يوم التوارث.

فالمراعي في ثبوت الولاء يوم العتـق أن يكونـا علـى ديـن واحـد، ولا يبـالي أي ديـن كان من إيمان أو كفر، والمراعي في استحقاق الميراث ليـوم المـوت أن يكونـا علـى ديـن الإسلام، وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء، وإنما يمنعه اختلاف الدينين.

فصل: وقوله: «**وإن كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهـودي أو النصراني، إذا أسلم المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه**» يريد أن الكافر إذا أعتـق عبـده الكافر، ثبت له ولاؤه على ما تقدم.

فإذا أسلم المعتق بعد ذلك، ثم مات ولمعتقه ولد مسلم، ورثه الولد المسـلم؛ لأنـه قـد وجد حال العتق ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق بدليل أنه لو أسـلم المعتـق، ثم أسلم المعتق وروث، ثم وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث، وهو ولد المعتق وديـن الموروث، وكان المعتق لكفره لا يرث المعتق المسلم، ولا يحجب أحـدًا عـن ميراثـه كمـا لو مات، فإن ولده يرث من ثبت له ولاؤه.

مسألة: ولو أن اليهودي أو النصراني اتخذ أم ولد على دينه، ثم أسـلمت، ثـم أعتقهـا بعد الإسلام، ثم ماتت، ففي كتاب ابن المواز: يرثها ولده المسلم؛ لأنه كـان يرجـع إليـه ولاؤها، إن أسلم، قال: وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك في نصرانيتهما، والله أعلـم وأحكم.

فصل: «**ولـو كـان المعتـق حيـن أعتـق مسـلمًا لـم يرثـه المسـلم مـن ولـد النصرانـي واليهودي؛ لأنه ليس لليهودي والنصراني ولاء، فولاؤه للمسلمين**» يريـد أنـه إن أعتـق عبده المسلم، ثم مات المعتق له، لم يرثه المسلم من ولد النصراني المعتـق؛ لأن الـولاء لـم يثبت للنصراني على المسلم لاختلاف دينهما حين العتق، فلما لم يثبت الـولاء للنصرانـي ثبت لجماعة المسلمين، فإذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون؛ لأن ولاءه لم يثبت.

مسألة: وإذا أعتق المسلم نصرانيًا، فقد قال القاضي أبـو محمـد: الـولاء مراعـى، فـإن

أسلم ثبت ولاؤه له وورثه، وإن مات النصرانى قبل أن يسلم، فلا ولاء للمسلم عليه ولا يرثه. وقال الشافعى: ولاؤه ثابت ويرثه.

والدليل على ما نقوله أن الولاء معنى يتوارث به، فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين كالنسب والصهر؛ لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء. أصل ذلك القاتل عمدًا، والله أعلم وأحكم.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المكاتب

القضاء فى المكاتب

١٤٩٠ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَىْءٌ.

١٤٩١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولان: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَىْءٌ.

قَالَ مَالِك: وَهُوَ رَأْيِي.

الشرح: وقد روى مثل هذا عن جابر بن عبدالله وزيد بن ثابت وعائشة وأم سلمة وعثمان بن عفان، وقاله ابن المسيب. وروى عن النبى ﷺ من طريق غير ثابت.

وما روى من ذلك يحتمل أن يريد به وجهين، أحدهما: أن حكم المكاتب ما بقى عليه من كتابة شيء حكم العبد فى جراحه وحدوده وشهادته وقذفه وطلاقه، ونفى القصاص عن الحر يقتله، وغير ذلك من أحكام العبيد.

والوجه الثانى: أن جميعه رقيق لا يعتق منه شيء، وبهذين الوجهين قال مالك والزهرى وأبو حنيفة والشافعى.

وروى عن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، أنه قال: المكاتب يورث بقدر ما أدى، ويجلد الحد بقدر ما أدى، ويعتق منه بقدر ما أدى، وتكون ديته بقدر ما أدى يعتق منه بالحساب. ونحوه قال ابن عباس.

وروى عن عمر: أنه إذا أدى المكاتب الشطر فلا رق عليه.

١٤٩٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٢.

١٤٩١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٣.

وروى عن ابن مسعود وشريح: إذا أدى الثلث، فهو غريم بمعنى أنه حر، وإنما يطالب بما عليه فى ذمته.

والدليل على ما نقوله ما احتج به زيد بن ثابت عن على، رضى الله عنهما، فإنه قال له: أكنت ترجمه لو زنى بعد إحصان؟ قال: لا، قال: أفتجيز شهادته؟ قال: لا، قال: فهو عبد ما بقى عليه درهم.

وتجويز ذلك أنه حكم من أحكام الرق، فلم يزل مع بقاء شىء من الكتابة. أصل ذلك قبول الشهادة.

قَالَ مَالِك: فَإِنْ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، وَرِثُوا مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ قَضَاءِ كِتَابَتِهِ.

١٤٩٢ - مَالِك عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ أَنَّ مُكَاتَبًا كَانَ لابْنِ الْمُتَوَكِّلِ هَلَكَ بِمَكَّةَ، وَتَرَكَ عَلَيْهِ بَقِيَّةً مِنْ كِتَابَتِهِ، وَدُيُونًا لِلنَّاسِ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَأَشْكَلَ عَلَى عَامِلِ مَكَّةَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ الْمَلِكِ: أَنِ ابْدَأْ بِدُيُونِ النَّاسِ، ثُمَّ اقْضِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اقْسِمْ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَوْلاهُ.

الشرح: قوله: «**فى المكاتب يترك المال يزيد على كتابته ويترك ولدًا لهم حكم المكاتب**»، إما لأنه كاتب عليهم أو ولدوا معه فى الكتابة، فإنه يؤدى عنه ما بقى عليه من الكتابة حالاً لا يؤخر. قال الشيخ أبو القاسم: وكذلك لو لم يترك إلا وفاء.

قال القاضى أبو محمد: لأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه. وهذا الفصل يقتضى أوله أن الكتابة لا تبطل بالموت إذا بقى من يقوم بها، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: تبطل بالموت.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد يقتضى عوضًا يلزم أحد المتعاقدين، فلا يبطل بموت من عقده، إذا كان معه فى العقد من يقوم به كالبيع والإجارة بموت المستأجر، وإن لم يكن فيما ترك من المال وفاء لم يرجع إلى السيد وأخذه من شركه فى المكاتبة يسعون به، وإن كانوا من أهل السعى؛ لأن حقهم متعلق بذلك المال.

١٤٩٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٤.

فصل: وقوله: «**وورث الولد ما بقى من المال بعد أداء الكتابة**»، يريد أنهم يسعون بأداء الكتابة؛ لأن ذلك مقتضى عقد الكتابة، كما لو مات عن غير مال، فأدوا من أموالهم لعتقوا بالأداء، وإذا عتقوا بما أدوا عن أنفسهم من مال أبيهم، ورثوا باقيه، هذا قول مالك.

وقال أبو حنيفة: يرثه ورثته الأحرار، وهو قول على بن أبى طالب وعبدالله بن مسعود ومعاوية بن أبى سفيان وطاوس والنخعى والشعبى والحسن وابن سيرين. وقال ابن عمر: جميع ما ترك للسيد، ونحوه روى عن عمر وزيد بن ثابت.

ووجه القول الذى ذهب إليه مالك أنه إذا لم يكن للمكاتب أن يعجز نفسه مع القوة على الأداء ووجود المال، وكان ما تركه المكاتب بيده موجودًا، ولم يكن للسيد الامتناع من أخذه إن عجله العبد كان حال العبد مراعى.

فإن وصل المال إلى السيد علمنا أنه كان قد استحق الحرية من يوم وجود المال وظهوره عنده لاسيما ومن شركه في الكتابة قد تعلق حقه به، فإذا مات بأداء المال إلى السيد، قضى بأنه كان له حكم الحرية قبل موته، وهذا كان حكم كل من معه فى الكتابة، فوجب أن يرثوا ما فضل من ماله بعد أداء كتابته.

ووجه ثان، وهو أن حق سائر من معه فى المكاتبة قد تعلق بهذا المال، وكذلك لو أراد أن يهب منه، وأذن له فى ذلك السيد لكان لمن معه فى الكتابة منعه من ذلك، فإذا تعلق به حق من شركه فى الكتابة، وجب أن يتأدى منه الكتابة؛ لأن ذلك وجه تعلق حقوقهم به.

ومن قال: إنهم يعتقون منه، قال: إنهم يرثونه. والناس بين قائلين، قائل. يقول: هو للسيد لا يعتق من الولد، ولا يرثون فضله، وقائل يقول: يعتق منه الولد، ويرثون فضله، ومن قال: إنهم يعتقون منه ولا يرثونه، فقد أحدث قولاً ثالثًا خالف به الإجماع.

ووجه القول الثانى أن حكمه حكم العبد، بدليل أنه لو تلف المال قبل أن يصل إلى السيد لرق، هو ومن معه فى الكتابة، فإذا ثبت أن له حكم الرق كان ماله للسيد دون الولد وغيرهم من الورثة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الولد عند مالك، فأما غير الولد، فقد ذكر الشيخ أبو القاسم فى ذلك روايتين، إحداهما: إنه لا يرثه إلا ولده المكاتبون معه. والثانية: يرثه ولده وسائر ذرياته، ونحوه ذكر القاضى أبو محمد فى معونته.

وفى الموازية، اختلف فيمن يرث المكاتب، فقيل: يرثه من يعتق على الحر بالملك، فأما عم وابن أخ، فلا، والسيد أحق منهم، قاله عبدالملك، وقاله ابن القاسم مرة، ثم قال هو وابن عبدالحكم وأشهب وأصبغ: يرثه من يرث الحر من عم وغيره من نساء ورجال.

فعلى هذا ينقسم إلى ثلاث روايات، إحداها: أنه لا يرثه إلا الولد. والثانية: لا يرثه إلا من يعتق على الحر، وهم الأب والإخوة، والثالثة: يوارثه كل من يوارث الأحرار.

وجه القول الأول ما احتج به أبو محمد أن الولد ينفردون بالدخول معه فى الكتابة إذا حدثوا بعد عقدها، فاختصوا لذلك بميراثه، وكانوا بمنزلة الأب العاقد للكتابة، وبذلك فرق بينهم وبين سائر الورثة؛ لأنهم لا يدخلون فى الكتابة بعد انعقادها.

ووجه الرواية الثانية أن من يعتق على الحر يدخل فى ميراث المكاتب كالولد.

ووجه الرواية الثالثة ما احتج به القاضى أبو محمد أن من ورثه ولده، ورثه سائر ورثته كالحر، وهذا التعليل من القاضى أبى محمد يقتضى دخول الزوجة فى هذه الوراثة، وهو ظاهر قول ابن عبدالحكم وأشهب. وقال ابن المواز: آخر قول مالك أنها لا ترثه، وتعتق مما ترك.

وكذلك روى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون: أنها لا ترثه، ولا يرثها، ولا يرجع أحدهما على الآخر بما أدى عنه فى الكتابة.

ووجه القول الأول أنه من ورثه سائر ورثته بالفروض والتعصيب، فإن زوجته ترثه كالحر. ووجه الرواية الثانية فى المنع أنها لا تناسبه، فلم ترثه كالأجنبية.

مسألة: وهذا فيمن كان معه فى الكتابة ممن ذكرنا من عقدت عليه الكتابة أو ولد له فى الكتابة، وإن لم يعقد عليه، فأما من لم يكن معه فى الكتابة، فإنه لا يرث من هذا المال شيئًا، سواء كان حرًا أو عبدًا، ولدًا كان أو غيره.

قال مالك وأصحابه: وقد روى عن الزهرى أن ولده الذين فى الكتابة وولده الأحرار جميعًا يرثون المال على فرائضهم. وقد تقدم قول أبى حنيفة: يرثه ورثته الأحرار.

وجه قول مالك أن انتقال هذا المال إلى من كان معه فى الكتابة ليس على وجه الوراثة المحضة، وإنما هو لأن من شاركه فى عقد الكتابة، قد تعلق حقه بماله الذى بيده، والذى يكتسبه فى المستقبل؛ لأنه يعتق منه، وإن كره ذلك المكاتب الذى له المال.

ويتعلق أيضًا بذلك المالك حق السيد على وجه؛ لأنه ليس له أن يدخل معه فيه من يعتق به؛ لأن ذلك مانع من تصيير المال إلى السيد، ومانع من عتق الذى له المال إذا احتاج إلى الإنفاق على من يدخل معه فى الكتابة، وربما عجز عن نفسه لمرض أو غيره.

فإذا كان للمكاتب الذى له المال أن يدخل مع نفسه فى الكتابة من يسقط منه حق السيد ثبت أن ذلك أحق بالمال من السيد، فلذلك كان أحق منه بما فضل من المال بعد أداء الكتابة.

فأما من ليس معه فى الكتابة، فلا حق له فى ذلك؛ لأنه لم يتعلق فى حياته، فيورث بعد موته. وسنذكر بعد ذلك من يدخل معه فى الكتابة من ولد وغيره بأذن السيد وغيره، وأيضًا فإن موت المكاتب لا يسقط عنهم شيئًا من الكتابة.

فلو لم يترك مالاً لسعوا فى جميع الكتابة، ولم يعتقوا إلا بأداء جميعها، فكما يلزمهم أن يؤدوا عنه ولا يرجعوا، ويؤدى عنهم ولا يرجع عليهم، فكذلك يكونون أحق بما فضل من ماله؛ لأن للكتابة تأثيرًا فى اختصاص بعضهم بمال بعض للكتابة والقرابة أو للكتابة والولاء، والله أعلم وأحكم.

فهذا على طريقة مالك، رحمه الله، والذى يظهر أن قول ابن عمر فى ذلك أقيس وأظهر، إذ المال كله للسيد؛ لأنه عبد ما بقى عليه درهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا قلنا إن من كان معه من ولده فى الكتابة يرثون فضل ماله، فهل يكونون أحق بولاء من يعتق من مكاتبيه أو غيرهم؟ روى عبدالملك فى الموازية: إذا توفى المكاتب عن مكاتب وللأعلى ولد فى الكتابة وولد أحرار، فسعى الذين فى الكتابة، وأدوا، أن ولاء المكاتب الأسفل لهم دون الأحرار، وجعله مالك كالمال، وقاله أشهب.

وقال ابن الماجشون: إذا لم يعتق قبل موته، لم يكن لولده الذين فى كتابته، ولا الأحرار منهم، ولا مكاتبيه عتق مكاتبه فى حياته أو بعد موته؛ لأنه لم يثبت لسيده ولاؤه، وليس ذلك كماله.

وقال محمد: لا يعجبنى قول عبدالملك، ولو لم يكن ولاء مكاتبه لمن فى الكتابة من ولده، لم يكن ولاء أم ولده لمن معه فى الكتابة من ولده منها ولا من غيرها. وقد قال مالك وأصحابه: إن ولاءها لهم.

فصل: واحتجاج مالك فى ذلك بحديث حميد بن قيس فى قصة ابن المتوكل تعلق بالآثار، ولعمرى إن الآثار فى ذلك كثيرة عن الصحابة والتابعين. وقد أوردنا الكثير وخلاف من خالف فى ذلك أيضًا ظاهره كل مجتهد، والمسألة محتملة.

وقد روى هذا الحديث عبدالرزاق عن ابن جريج، سمعت ابن أبى مليكة عبدالله يذكر أن عبادًا مولى المتوكل مات مكاتبًا، قد قضى النصف من كتابته، وترك مالاً كثيرًا، وابنة له حرة كانت أمها حرة، فكتب عبدالملك أن يقضى ما بقى من كتابته، وما بقى من ماله بين ابنته ومواليه. قال لى عمر: وما أراه إلا لابنته.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ أَنْ يُكَاتِبَهُ إِذَا سَأَلَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ أَحَدًا مِنَ الأَئِمَّةِ أَكْرَهَ رَجُلا عَلَى أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، وَقَدْ سَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ إِذَا سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ، فَقِيلَ لَهُ إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: **﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾** [النور: ٣٣] يَتْلُو هَاتَيْنِ الآيَتَيْنِ: **﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾** [المائدة: ٢] **﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾** [الجمعة: ١٠][(١)].

قال مالك: وَإِنَّمَا ذَلِكَ أَمْرٌ أَذِنَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيهِ لِلنَّاسِ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِمْ.

الشرح: قوله: **«ليس على سيد العبد أن يكاتبه»**، يريد والله أعلم، أن لا يجبر على ذلك، ولا يقضى به عليه، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وجمهور الفقهاء. وقد روى عن عطاء: أن ذلك واجب عليه، قال: ولا آثره عن أحد.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يفضى إلى العتق غالبًا، فلم يجبر عليه السيد كالاستيلاد والتدبير والعتق إلى أجل؛ ولأن كل عقد لا يجبر السيد على إخراج العبد عن ملكه به بدون القيمة مع السلامة، فإنه لا يجبر على ذلك بالقيمة ولا بأكثر منها كالبيع.

فصل: وقوله: **«ولم أسمع أن أحدًا من الأئمة أكره رجلاً على أن يكاتب عبدًا»**، يريد أنه لم يكن ذلك فى السلف. وما روى عن عمر أنه أمر أنسًا أن يعتق سيرين، فأبى، فضربه عمر بالدرة، وقال: كاتبه، فقال أنس: لا أكاتبه، فتلا عمر: **﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾** [النور: ٣٣]، فكاتبه أنس، فليس فيه دليل على اللزوم والجبر.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣/٢٤٦.

ولو كان لعمر أن يجبر على ذلك أنسًا لحكم بذلك عليه، واستغنى عن أن يضربه بالدرة، ويتلو عليه القرآن بالأمر بذلك، وإنما ضربه بالدرة لما ندبه إلى الخير وإلى ما رآه صلاحًا له فى دينه ودنياه، فامتنع من ذلك، فأدبه لامتناعه وتلا عليه القرآن بالأمر بذلك والندب إليه.

وقد أمر محمد بن مسلمة أن يبيح لجاره إمرار النهر على أرضه، وقال: والله ليمرن به ولو على بطنك، على وجه التحكم عليه فيما هو صلاح له فى دينه ودنياه، وعلم أن محمد بن مسلمة لا يراجعه إذا عزم عليه فى ذلك، وليس هذا الذى أراد مالك أنه لم يبلغه فيه إكراه أحد.

فمالك أعلم الناس بأحكام عمر وغيره من أئمة أهل المدينة، وحسبك أن عطاء الذى انفرد بهذا القول قال مثل قول مالك أنه لم يبلغه ذلك عن أحد. وقد روى عن عطاء أيضًا فى نفى وجوب ذلك، ولو سلمنا أن عمر فعل ذلك على وجه الحكم والجبر لأنس لم يلزم لمخالفة الناس له.

فصل: وقول مالك عن بعض أهل العلم: «**إذا قيل له إن الله عز وجل يقول فى كتابه: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾ يتلو هاتين الآيتين: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾** و **﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله﴾**» أراد أن هذا اللفظ يحتمل غير الوجوب، وأنه ليس كل ما ورد بهذه الصيغة واجبًا، فقد يكون منه المندوب إليه والمباح وغير ذلك مما تحتمله هذه الصيغة من المعانى، ويحتمل أن يريد به هذه الصيغة إذا وردت بعد الحض، وأنها محمولة بمطلقها على الإباحة.

وقد قال بذلك القاضى أبو محمد وكثير من أصحابنا، وأشار إليه أبو إسحاق فى أحكامه، وتعلق فى ذلك بأن جنس هذا العقد محظور لتعلقه بمجهول، وهو ما كاتب عليه أو رقبة العبد إن عجز عن الأداء، ثم وردت الإباحة بالكتابة بعد ذلك، فكان ظاهرها الإباحة، وهذا مقصود قوله، وما يتحصل منه، وإن كنت قد جريت إلى تبيينه.

وليس عندى هذا بالقوى؛ لأن الذى وقع فيه الخلاف بين أصحابنا إنما هو أن يثبت حظر ثم بين انقضاء مدته بالإباحة نحو قوله تعالى: **﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا﴾** [المائدة: ٩٦]، ثم بين انقضاء مدة التحريم لقوله: **﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾** [المائدة: ٢]، وقال تعالى فى السعى إلى الجمعة: **﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾** [الجمعة: ٩]، فحرم البيع بعد النداء لصلاة الجمعة،

ثم بين انقضاء وقت التحريم بقوله تعالى: ﴿**فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض**﴾ [الجمعة: ١٠].

والصحيح عندى أن لفظة «افعل» إذا وردت بعد الحظر أنها على بابها فى الوجوب، إلا أن يدل الدليل على صرفها عن ذلك، وقد قال تعالى: ﴿**فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**﴾ [التوبة: ٥]، فبين انقضاء مدة تحريم قتال المشركين بإيجاب قتلهم.

وقد رأيت ذلك فى أحكام الفصول، فإذا قلنا إن لفظة «افعل» بعد الحظر على بابها من الوجوب إلا أن يعدل عن ذلك بدليل يحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى: ﴿**فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا**﴾، الندب، ويحتمل أن يراد به الإباحة.

وقد قال الشيخ أبو إسحاق بن شعبان: على الحض والندب. وقال القاضى أبو إسحاق والقاضى أبو محمد: إنه على الإباحة. وروى الشيخ أبو إسحاق فى تفريعه: أن كاتبوهم على الإباحة والإيتاء مندوب إليه.

فإذا قلنا بقول من تقدم من شيوخنا إن لفظة «افعل» بعد الحظر تقتضى الإباحة، فإن قوله: ﴿**فكاتبوهم**﴾ على ما تأوله القاضيان على الإباحة.

وقد تقدم عند ابتدائى بالقول فيه أن هذا ليس بحظر يتبين انقضاؤه بلفظة «افعل»، وإنما هذا على ما أشار إليه حكم ثبت عندهم عامًا بنهيه ﷺ عن بيع الغرر أو عن الغرر، ثم خص منه قدرًا ما بقى، فإنما هى لفظة «افعل» واردة للتخصيص، فيجب أن لا تقتضى الإباحة عند من ذهب هذا المذهب.

لكنهما قد صرحا بحمله على الإباحة، غير أن القاضى أبا إسحاق لا يكاد يتمادى على تحرير القول فيه، فيقول مرة ما تقدم، ويقول مرة أخرى: هو إذن وترغيب، والأذن غير الترغيب؛ لأن الإذن إنما يقتضى الإباحة خاصة، وتعليق الفعل بسببه المأذون له، والترغيب بمعنى الحض، والندب يقتضى استدعاء الفعل منه على وجه الاستعلاء.

وقد يقول مع قوله: إنه إذن وإباحة، هو أمر، فهو يحتمل أن يريد بذلك الترغيب الذى قدمت ذكره عنه، ويحتمل أن يسمى الإباحة أمرًا، فإن القاضى أبا الفرج يقول: إن المباح مأمور به، والذى عليه جمهور أصحابنا الأصوليين: إن المباح ليس بمأمور به، وقد بينته فى أحكام الفصول.

واستدل القاضى أبو إسحاق على أن الكتابة لا تجب على السيد، ولا يجبر عليها بقوله تعالى: ﴿**إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ [النور: ٣٣]، فأما رد ذلك إلى علم السيد، وهو أمر مغيب لا يعرفه من المخلوقين غيره، ثبت أنه لا يجب عليه؛ لأنه لم يجعل للحكام فيه مدخلاً. ولو كان مما يجب عليه لقال فكاتبوهم إن ثبت أن فيهم خيرًا.

وقد اختلف الناس فى الخير، فقال مجاهد وابن عباس وكثير من العلماء: هو المال والقوة على الأداء، وبه قال القاضى الشيخ أبو إسحاق، واستدل على ذلك بأن الخير إذا ذكر فى أمور الدنيا، فإنما هو المال، قال الله تعالى: ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين**﴾ [البقرة: ١٨٠]، فالمراد به المال.

وروى ابن المواز عن مالك: الخير القوة على الأداء. وروى عن عبيدة السلمانى: ﴿**إن علمتم فيهم خيرًا**﴾، إن أقاموا الصلاة. وروى عن الحسن: ﴿**إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ دينًا وأمانة. وقال إبراهيم النخعى: ﴿**إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ صدقًا ووفاء.

مسألة: إذا ثبت أن الكتابة على الندب والإباحة على ما تقدم من قول شيوخنا المالكيين، فإنه قد شرط فيه الخير، وهو القوة على الأداء. وأما من ضعف عن الأداء كالصغير الذى لا مال له، فقال ابن القاسم: لا بأس أن يكاتب.

وقال أشهب: إن كاتب تفسخ، إلا أن يفوت بالأداء أو يكون له مال يؤدى منه، فيؤدى منه ويعتق، وكذلك الأمة التى لا صنعة لها، رواه ابن المواز عنه.

وجه قول ابن القاسم أن من جاز انتزاع ماله مع تمام رقه جازت مكاتبته كالكبير. ووجه قول أشهب أن صفته صفة العاجز عن أداء الكتابة.

فرع: إذا ثبت أن حكم الصغير المنع من الكتابة، فقد روى الدمياطى عن أشهب: أن ابن عشر سنين لا تجوز كتابته.

ووجه ذلك أن العشر سنين حد بين كثير من أحكام الصغير والكبير، ولذلك كانت حدًا فى الضرب على الصلاة لقوته على العمل، والتفريق فى المضاجع لقوته على الانفراد، وغير ذلك من المعانى، فمن زاد على العشر سنين زيادة بينة، يحتمل أن يجيز أشهب كتابته لقوته على السعاية التى هى أكثر عملاً من الصلاة، وما جرى مجراها.

مسألة: وأما من لا حرفة له من العبيد، فقد أجاز مالك كتابته، قال ابن القاسم:

ولو كان يسأل الناس جازت كتابته. وروى منع ذلك عن عمر، وابن عمر. قال في النوادر: وبه قال بعض البغداديين من أصحابنا. وروى عن على إباحته، وبه قال الحسن البصرى.

والدليل على جواز ذلك أنه يجوز انتزاع ماله مع تمام الملك عليه كالذى له حرفة.

مسألة: وهل يجوز للسيد إجبار عبده على الكتابة؟ روى بعض البغداديين عن مالك: أن للسيد إكراه عبده على الكتابة، كما له أن يعتقه على أن يتبعه بمال، وكما له أن ينكحه، ويؤاجره ويعتقه ولا ضرر عليه فى ذلك، وإنما يؤدى ما فضل عن نفقته، وبه قال ابن المواز.

وقال ابن القاسم من رواية ابن حبيب عنه: لا يلزم الكتابة إلا برضى العبد. ورواه ابن المواز عن أشهب، قال: وإن كان بغير رضاه لم يلزمه، وكذلك قال عبدالملك.

ووجه قول مالك ما احتج به، وقد قال ابن القاسم: إنه إن ألزم عبديه الكتابة، فرضى أحدهما، ولم يرض الآخر لزمه ذلك، ويرجع عليه بما أدى عنه، وكذلك إن كان أحدهما غائبًا.

ووجه القول الآخر قوله تعالى: ﴿**فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ والمكاتبة إنما هى على وزن مفاعلة، وذلك فعل اثنين، فلو لم يعتبر رضى السيد والعبد لأضيف الفعل إلى السيد خاصة كالعتق والتدبير.

واحتج الشيخ أبو إسحاق لهذا القول بقوله تعالى: ﴿**والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ [النور: ٣٣]، فخص بالكتابة من دعا إليها ورغب فيها.

ومن جهة المعنى أنها معاوضة لم يتم أحد العوضين إلا بتمام الآخر، فاعتبر فيها رضى المتعاوضين كالبيع والإجارة، وبهذا تفارق تعجيل العتق على ما قال فإن ذلك يلزم العبد؛ لأن أحد العوضين، وهو العتق يتعجل، والله أعلم وأحكم.

مَالِك: وسَمِعْت بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿**وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**﴾: [النور: ٣٣]: إِنَّ ذَلِكَ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ غُلامَهُ ثُمَّ يَضَعُ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئًا مُسَمًّى.

قال مالك: فَهَذَا الَّذِى سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَأَدْرَكْتُ عَمَلَ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَنَا.

قال مالك: وَقَدْ بَلَغَنِى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَاتَبَ غُلامًا لَهُ عَلَى خَمْسَةٍ وَثَلاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ وَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ خَمْسَةَ آلافِ دِرْهَمٍ[1] .

الشرح: قوله تعالى: «﴿**وآتوهم من مال الله الذى آتاكم**﴾ **قال: سمعت بعض أهل العلم يقول: هو أن يضع الرجل عن مكاتبه من آخر كتابته شيئًا**»، قال ابن الجهم: أكثر الصحابة يأمرون بذلك من غير قضاء ولا جبر، ولو كانت واجبة لكانت محدودة. وروى الشيخ أبو القاسم عن مالك أن الإيتاء مندوب إليه، وليس بفرض.

وروى ذلك عن عثمان بن عفان، رضى الله عنه. وروى نحوه عن على، رضى الله عنه.

قال عيسى بن دينار: لا ينبغى لأحد أن يدع الوضع، وقد رغب الله تعالى فيه، وحض عليه، فمن أبى أن يضع شيئًا، فذلك له، وقد ترك الفضل.

وروى عن بريدة بن حصين الأسلمى أنه قال فى ذلك: حض الله الناس أجمعين على أن يعينوه.

وروى عن عمر وغيره أن معنى ذلك أن يعطيه سيده من الزكاة عند عقد الكتابة. وروى عن زيد بن أسلم أن معنى ذلك أن يعطيه الأمير من الزكاة، ولا يعطيه السيد شيئًا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى والذى ذهب إليه مالك أن المخاطبة للسيد؛ لأنه الذى خوطب بالكتابة، والمال الذى آتانا الله إنما يندب إلى أن يعطى منه خيرًا لا عطاء، وذلك هو ما تعلق بالكتابة، ويكون فى آخر الكتابة؛ لأنه هو وقت تمامها، وهو عند مالك على الندب على ما تقدم. وقال الشافعى: هو على الوجوب.

والدليل على ما نقوله أنه عقد على رقبة العبد، فلم يجب على السيد فيه إيتاء كبيعه أو عتقه.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣/٢٥٤.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ تَبِعَهُ مَالُـهُ، وَلَـمْ يَتْبَعْـهُ وَلَـدُهُ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُمْ فِى كِتَابَتِهِ.

الشرح: قوله: «**تبعه ماله**»، يحتمل وجهين، أحدهما: عند عقد الكتابة، وهو ظاهر لفظ الموطأ، قال الشيخ أبو القاسم: من كاتب عبدًا، وله مال تبعه. وقال عطاء وعمرو ابن دينار وغيرهما: ولا أعلم فيه خلافًا إلا ما روى عبدالرزاق عن النخعى: من كاتب عبدًا أو باعه، فماله للسيد.

والدليل لما عليه الجماعة أن ما كان له من مال علمه السيد أو لم يعلمه، فإنه لا يكون للسيد بعد عقد الكتابة انتزاعه، وإنما انعقدت الكتابة على أن يستعين المكاتب بما معه من المال على أداء كتابته.

وذلك أن ما يكتسبه حال كتابته لا حق لسيده فيه ولا له منعه، فلا يجوز للسيد انتزاع ما ثبت فى يده من ماله، وما أرى الرواية عن النخعى إلا وهمًا.

وبهذا يفارق المكاتب المدبر والمعتق إلى أجل.وأم الولد، فإن السيد أحق بما يكسبون بعد العتق المؤجل والتدبير والاستيلاد، فلذلك كان له انتزاع أموالهم.

ووجه آخر أن المدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد يلزم السيد الإنفاق عليهم، ولا يلزمه الإنفاق على المكاتب، ولا على ولده الذين معه فى الكتابة، قاله الشيخ أبو إسحاق.

والوجه الثانى أن المكاتب يتبعه ماله إذا نفذ عتقه، وقد قال القاضى أبو محمد: إذا أعتق المكاتب بالأداء يتبعه ماله، قال: لأن الكتابة عقد معاوضة على النفس والمال.

فصل: وقوله: «**ولم يتبعه ولده إلا أن يشترطهم**»، يريد بذلك من قد وجد من ولده ممن ولد له من أمته قبل عقد الكتابة، وعلى هذا مالك والفقهاء، وذلك أن الولد إن كان للعبد من أمته، فهو رقيق لسيده وليس برقيق له ماله، فيتبعه كما يتبعه ماله، وإنما حكمه حكم مال السيد، فلا ينبغى أن يتبع العبد فى عقد كتابته ولا غيرها إلا أن يشترطه أبوه، فيكون حكمه مع أبيه حكم عبدين للسيد جمعهما عقد الكتابة، بأن يشترطه أبوه، فيكون حكمه مع أبيه حكم عبدين للسيد.

وأما إن كان الابن للعبد من زوجة، فإنه إن كانت أمه حرة، فهو حر؛ لأن الولد تبع للأم فى الحرية والرق، وإن كانت أمه أمة، فهو عبد لسيده، وإنما الذى ذكره مالك فى هذه المسألة ولد المكاتب من أمته.

قَالَ: وسَمِعْت مالكًا يَقُولُ فِي الْمُكَاتَبِ يُكَاتِبُهُ سَيِّدُهُ، وَلَهُ جَارِيَةٌ بِهَا حَمَلٌ مِنْهُ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ هُوَ وَلا سَيِّدُهُ يَوْمَ كِتَابَتِهِ، فَإِنَّهُ لا يَتْبَعُهُ ذَلِكَ الْوَلَدُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَهُوَ لِسَيِّدِهِ، فَأَمَّا الْجَارِيَةُ، فَإِنَّهَا لِلْمُكَاتَبِ؛ لأَنَّهَا مِنْ مَالِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب يعقد كتابته، وله أمة حامل منه، لم يعلم به هو ولا مولاه، وفائدة ذلك أنه لم يذكر فى عقد الكتابة ولم يتعلق به شرط، فإنه عبد ولا مدخل له فى الكتابة.

قال الشيخ أبو القاسم: وينتظر وضعها، فإذا وضعت، فالولد للسيد والأمة للمكاتب على ما كانت عليه قبل الكتابة.

وأما ما حملت به أمته منه بعد الكتابة، فإنه تبع له وحكمه حكم أبيه فى الكتابة يعتق بعتقه ويرق برقه، قاله الشيخ أبو القاسم وغيره.

ووجه ذلك أنه لم ينله ملك السيد قط، وإنما الفضل من الأب، وهو قد ثبت له حكم الكتابة، ولم يتعلق به استحقاق لغيره، فهو كالجزء منه، فحكمه فى الرق والحرية بالكتابة حكمه.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَرِثَ مُكَاتَبًا مِنِ امْرَأَتِهِ هُوَ وَابْنُهَا: إنَّ الْمُكَاتَبَ إنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يقبض كِتَابَتَهُ اقْتَسَمَا مِيرَاثَهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، وَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ثُمَّ مَاتَ، فَمِيرَاثُهُ لابْنِ الْمَرْأَةِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الولاء لا يورث بالصهر ولا للزوجة به تعلق، فإذا ماتت المرأة عن زوج وابن وتركت مكاتبًا، فقد تعلق حق الزوج والأب بالمكاتب؛ لأن أحكام الرق متعلقة به بمنزلة ما لو كان عبدًا لورثه الزوج والابن، فإذا كان مكاتبًا أوجب أن يرثاه إن كان مالاً، ووجب أن يختص به الابن إن كان ولاء؛ لأن الولاء قد ثبت بعقد الكتابة لأمه.

فإذا مات المكاتب قبل أن يعتق بالأداء فهو عبد، فقد عاد إلى المال، فوجب أن يكون للزوج ربعه وللابن باقيه كسائر ما خلفته مورثتهما من المال. وإن أعتق بأداء الكتابة، فقد تحقق بالولاء، وما كان فيه من المال وهو العوض بالكتابة، فقد صار إلى كل واحد منهما حصته منه، ولم يبق إلا مجرد الولاء، فثبت للابن خاصة.

فإن مات المكاتب بعد العتق، فلا شيء فيه للزوج؛ لأن الزوجة لا تأثير لها فى الولاء ووجب تفرد الابن؛ لأن البنوة لها تأثير مقدم فى الولاء، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِي الْمُكَاتَبِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، قَالَ: يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا أَرَادَ الْمُحَابَاةَ لِعَبْدِهِ، وَعُرِفَ ذَلِكَ مِنْهُ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ، فَلا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا كَاتَبَهُ عَلَى وَجْهِ الرَّغْبَةِ، وَطَلَبِ الْمَالِ، وَابْتِغَاءِ الْفَضْلِ وَالْعَوْنِ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا كاتب عبدًا لم يخل أن يقصد به الرفيق بالمكاتب، فذلك لا يجوز له إلا بإذن السيد؛ لأن حق السيد متعلق بماله، فلا يجوز له تفويته فى وجه ولا غيره كما لا يجوز له أن يتصدق بماله، ولا أن يعتق عبده.

وأما الكتابة، فلما كانت عقد معاوضة؛ فإن لم يرد ذلك بها وأراد بها اكتساب المال والجمع له والازدياد من الربح جازت كتابته، وإن لم يرد ذلك سيده؛ لأنه ليس للسيد منعه من التصرف الذى يرجو فيه الربح ويقصد به النماء والازدياد، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ وَطِئَ مُكَاتَبَةً لَهُ: إِنَّهَا إِنْ حَمَلَتْ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِنْ شَاءَتْ، قَرَّتْ عَلَى كِتَابَتِهَا، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ، فَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال، ولعل ذلك أنه ليس للسيد أن يطأ مكاتبته، وبه قال الشافعى؛ لأن عتقها متعلق بأجل كتابتها، فكانت كالمعتقة إلى أجل، قاله القاضى أبو محمد.

ووجه آخر أن الوطء لا يحل إلا بزوجية أو ملك يمين تستحق به عليه النفقة، وهذان معدومان فى مسألتنا، فلم يكن له وطؤها.

ووجه آخر أنها منفعة، فامتنعت على السيد من الأمة بالكتابة كالخدمة، فإن فعل ذلك منع منه وزجر عنه، وهى على كتابتها ما لم تحمل.

وجه ذلك أن مجرد الوطء لا يغير حكم الكتابة، ولا يوجب فيها عتقًا ولا حد عليه، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم به، وبه قال أبو حنيفة والشافعى خلافًا لما روى عن الحسن والزهرى: أن عليهما الحد.

والدليل على ما نقوله أنه وطء صادف شبهة ملك، فلم يجب به الحد كما لو وطئ جارية بينه وبين شريكه.

مسألة: وإن حملت، فإنها مخيرة بين أن تعجز نفسها، فتصير أم ولد بذلك الحمل، وبه قال الشافعي. قال سحنون فى العتبية: تعجز نفسها إذا لم يكن معها فى كتابتها أحد، وإن كان لها المال الكثير.

ووجه ذلك أن هذا، وإن كانوا يعبرون عنه بالتعجيز، فإن معناه اختيار كونها أم ولد وترك ما كانت عليه؛ لأن حق أم الولد فى الحرية أثبت من حق المكاتبة؛ لأن عتق أم الولد أمر متحقق، وعتق المكاتبة غير متحقق، فلذلك كان اختيار كونها أم ولد لاسيما أن ذلك مما أدخله عليها السيد.

فرع: وإنما يكون لها أن تختار كونها أم ولده ما لم يكن معها فى كتابتها غيرها، فإن كان معها غيرها، ففى الموازية عن ابن القاسم: ليس لها ذلك إلا برضا من معها، فإن رضوا بذلك، فقد قال محمد: يحط عنه حصتها، وتصير أم ولد يطؤها.

ووجه ذلك ما أشار إليه من تعلق حق من شركه فى الكتابة بذلك؛ لأنه إنما رضى بالكتابة والتزمها لما رجا من عون هذه الحامل، فلا يجوز أن يزال عنه ذلك العون بأمر لعل السيد والأمة قد اتفقا عليه، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «**وإن اختارت قرت على كتابتها**»، يريد أن لها الخيار بين نقض الكتابة وإيثار حكم أم الولد وبين البقاء على حكم الكتابة فى العتق. قال سحنون فى العتبية: فإن بقيت على الكتابة، فنفقة حملها على السيد كالمبتوتة الحامل، ورواه عن أصحاب مالك، وقاله ابن حبيب. وروى عن أصبغ: لا نفقة لها عليه.

وجه القول الأول أنه حمل لاحق لواطئ حر، لا ملك لأحد عليه، فكانت عليه نفقته كحمل الزوجة وأم الولد.

ووجه قول أصبغ أنها قد رضيت بالبقاء على حكم الكتابة، وذلك ينفى الإنفاق عليها؛ لأن المكاتبة لا نفقة لها، وتركت ما يوجب الإنفاق لها باختيارها، وهو كونها أم ولد، فقد أسقطت حقها من ذلك، فلم يكن لها الجمع بين الأمرين بين البقاء على حكم الكتابة والتعلق بالنفقة الذى هو حكم غير الكتابة.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، إِنَّ أَحَدَهُمَا

لا يُكَاتِبُ نَصِيبَهُ مِنْهُ، أَذِنَ لَهُ بِذَلِكَ صَاحِبُهُ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ، إلا أَنْ يُكَاتِبَاهُ جَمِيعًا؛ لأَنَّ ذَلِكَ يَعْقِدُ لَهُ عِتْقًا، وَيَصِيرُ إِذَا أَدَّى الْعَبْدُ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَعْتِقَ نِصْفُهُ، وَلا يَكُونُ عَلَى الَّذِى كَاتَبَ بَعْضَهُ أَنْ يَسْتَتِمَّ عِتْقَهُ، فَذَلِكَ خِلافُ مَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ».

قال مالك: فَإِنْ جَهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدِّىَ الْمُكَاتَبُ أَوْ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّىَ رَدَّ إِلَيْهِ الَّذِى كَاتَبَهُ مَا قَبَضَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، فَاقْتَسَمَهُ هُوَ وَشَرِيكُهُ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا، وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ، وَكَانَ عَبْدًا لَهُمَا عَلَى حالته الأولَى.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يكاتبه دون صاحبه، أذن له صاحبه فى تلك أو لم يأذن، وهو أحد قولى الشافعى. وروى عن الحكم بن عيينة وابن أبى ليلى: تصح الكتابة بغير إذن شريكه.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: تصح الكتابة إذا أذن فى ذلك شريكه، وبه قال أبو حنيفة، ونسبه أبو حامد الإسفرائنى إلى مالك والصحيح ما قدمناه.

والدليل على ذلك أن عقد الكتابة لا يتبعض، ولذلك لا يجوز لأحد أن يكاتب بعض عبده ويبقى باقيه على حكم الرق، فإذا لم يجز ذلك فى بعض عبد له جميعه، وإن وقع فسخ، فكذلك فى بعض عبد لغيره سائره.

واحتج مالك فى ذلك بأن الكتابة عقد عتق ويؤدى ذلك إلى تبعيض العتق على الشريك دون تقويم؛ لأنه إذا أعتق نصيبه الذى كاتب عليه، ولم يقم عليه نصيب شريكه؛ لأن التقويم يختص فيما باشره عتق عرى من عوض، وهذا لم يباشره عتق، واقترن به العوض، فمنع ذلك التقويم، فوجب أن يكون هو ممنوعًا فى نفسه.

ووجه آخر أن الكتابة تقتضى أن يملك المكاتب التصرف بالبيع وغيره، وما بقى منه على الملك يمنع من ذلك، فلما تنافى الأمران، لم يصح أن تنعقد معاوضة تقتضى أمرين متنافيين، ولذلك لا يجوز له أن يكاتب بعض عبده، ويجوز له أن يكاتب ما يملك من عبد بعضه حر، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فإن جهل ذلك حتى يؤدى أو قبل الأداء بطلت الكتابة، ويرد السيد ما قبض من العبد فيقاسمه شريكه فى العبد**»، يريد أن فسخ الكتابة ثابت قبل

الأداء وبعده لا يفوت بالأداء، وأن ما قبض منه لما كان مال العبد المشترك كان لشريكه بقدر ملكه من العبد، ولم يرد إلى العبد إلا أن يتفقا على ذلك؛ لأن العبد قد أخرجه على هذا الوجه، وقد وجد من الشريكين الاتفاق على انتزاعه، فوجد من المكاتب أخذه، ووجد من الآخر إرادة المقاسمة فيه.

مسألة: ولو قاطعه الذى كاتبه بإذن المتمسك بالرق، وعتق نصيبه، ففى العتبية من سماع ابن القاسم فى عبدين بين ثلاثة إخوة، كاتبه اثنان بإذن الثالث، ثم قاطعاه اللذان كاتباه بإذن أخيهما، فعتق نصيبهما، ثم مات المتمسك، وله ورثة يخدمهم فى نصيب وليهم سنين، ثم قام العبد يطلب أن يقوم على اللذين قاطعاه، قال مالك: العبد رقيق كله، وليرد اللذان كاتباه ما أخذ منه، فيكون بينهما وبين ورثة الميت.

ووجه ذلك أن فسخ هذه الكتابة وما كان بعدها من القطاعة؛ لأنه لم بوجد من اللذين كاتباه عتق مباشرة، وإنما وجد منهما عقد يفضى إلى العتق على عوض قبضاه، وذلك العقد فى نفسه فاسد لا يجوز إمضاؤه فرد لذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِى مُكَاتَبٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا بِحَقِّهِ الَّذِى عَلَيْهِ، وَأَبَى الآخَرُ أَنْ يُنْظِرَهُ، فَاقْتَضَى الَّذِى أَبَى أَنْ يُنْظِرَهُ بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ.

قال مالك: يَتَحَاصَّانِ مَا تَرَكَ بِقَدْرِ مَا بَقِىَ لَهُمَا عَلَيْهِ فيأخذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَكَ الْمُكَاتَبُ فَضْلا عَنْ كِتَابَتِهِ، أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَقِىَ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ مَا بَقِىَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوَاءِ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، وَقَدِ اقْتَضَى الَّذِى لَمْ يُنْظِرْهُ أَكْثَرَ مِمَّا اقْتَضَى صَاحِبُهُ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ فَضْلَ مَا اقْتَضَى؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا اقْتَضَى الَّذِى بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَإِنْ وَضَعَ عَنْهُ أَحَدُهُمَا الَّذِى لَهُ، ثُمَّ اقْتَضَى صَاحِبُهُ بَعْضَ الَّذِى لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ عَجَزَ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَلا يَرُدُّ الَّذِى اقْتَضَى عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئًا؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا اقْتَضى الَّذِى لَهُ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ لِلرَّجُلَيْنِ بِكِتَابٍ وَاحِدٍ عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ، فَيُنْظِرُهُ أَحَدُهُمَا، وَيَشِحُّ الآخَرُ، فَيَقْتَضِى بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ يُفْلِسُ الْغَرِيمُ، فَلَيْسَ عَلَى الَّذِى اقْتَضَى أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا مِمَّا أَخَذَ.

الشرح: وهذا على ما قال وذلك أن الرجلين إذا كاتبا عبدهما كتابة واحدة جاز

ذلك إذا كاتباه على الإطلاق، فيكون لكل واحد منهما إذا كان بينهما بنصفين أن يقبض من الكتابة ما يقتضيه الآخر لا زيادة ولا نقصان، ولا يقضى أحدهما دون الآخر، وكذلك إن اشترطا ذلك فى العقد لأنهما اشترطا مقتضاه.

وإن كاتباه على أن يبدأ أحدهما بالنجم الأول أبدًا، ففى الموازية: لا يجوز ذلك، ولا أن يبدأه ببعضها وتفسخ الكتابة؛ لأن من اشترط ذلك لم يرض بالكتابة إلا بجعل، يريد لا يدرى ما يتم منه.

وقال أشهب: يفسخ إلا أن يرضى الذى اشترط التبدئة بترك ما اشترط. وقال ابن القاسم: تمضى الكتابة، وتبطل التبدئة. وقال ابن المواز: إن لم يكن قبض منها شيئًا، فكما قال أشهب، وإن اقتضى منها صدرًا نفذت الكتابة وبطل الشرط.

ووجه القول الأول ما احتج به من أن أحدهما ازداد زيادة فى الكتابة، مع تساويهما فى ملكه كما لو عقدا الكتابة على أن لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث، ويحتمل أن يكون ذلك على قول من قال من أصحابنا: إن البيع والسلف ينقض على كل حال.

ووجه قول أشهب أنهما عقدا الكتابة على أن يسلف أحدهما الآخر، فإن أسقط مشترط السلف ما شرطه قبل أن يفوت ذلك صح العقد.

ووجه قول ابن القاسم أن الكتابة عقد يجوز فيه الغرر، فإن اقترن به شرط لا يجوز مع سلامة العوضين، بطل الشرط وثبت العقد. ووجه قول ابن المواز راجع إلى ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«فإن أنظره أحدهما وأبى الآخر أن ينظره فاقتضى الذى أبى أن ينظره بعض حقه ثم مات المكاتب وترك مالاً ليس فيه وفاء بالكتابة، يتحاصان بقدر ما بقى لهما عليه»**، يريد أن الذى أنظره إنما أنظر المكاتب بما وجب له اقتضاؤه، فإذا مات المكاتب، فعلى ما قال: إذا ترك ما يقصر على الأداء، تحاصا فى ذلك كل ما بقى له، وذلك أنه لو اقتضى أحدهما حصته وبقى له نصفها، ولم يقتض الآخر شيئًا تحاصا، فأخذ المقتضى ثلث ما بقى، وأخذ الذى ترك ثلثيه؛ لأن ذلك حساب ما بقى لهما عنده.

مسألة: ولو مات المكاتب أو عجز ولم يترك شيئًا لم يرجع الذى أنظره على الذى اقتضى بشىء، رواه ابن المواز عن مالك.

وذلك أنه قد رضي بذمة المكاتب وأسلفه حصته مما قبض شريكه، ولم يسلف شريكه شيئًا فيرجع عليه به. وقد قال مالك فى الموازية: إن سأله المكاتب أن يدفع إلى شريكه ما جاء به، فهو إنظار للمكاتب؛ لأنه سلف للشريك، وكذلك لو رغب إليه الشريك فى ذلك على أن ينظر هو المكاتب، فرضى بهذا الشرط، فهذا إنظار أيضًا للمكاتب.

فرع: وإنظار المكاتب يكون على ضربين، أحدهما: أن ينظره بجميع حصته من الكتابة أو من نجم إلى وقت يوفيه، فهذا سلف للمكاتب لا رجعة له فيه. والضرب الثانى: أن يحضر المكاتب نصف نجم، فيأخذه أحد الشريكين بإذن الآخر، فذلك أيضًا إنظار للمكاتب.

وأما إن أتى بأكثر من نصف النجم أو بجميعه، فيأخذه أحد الشريكين بإذن الآخر ليأخذه من شريكه من النجم الثانى، فهذا إن اشترط فيه إنظار المكاتب، لم يلزمه ذلك بالزيادة على النصف؛ لأن الزيادة على النصف حق للذى أنظره، فلا يجوز أن يحيل القابض بها شريكه على دين لم يحل، يريد ولم يجب له.

فإن لم يرجع ذلك المكاتب رجع الذى انظره على شريكه، قال: لأن بإحضاره وجب لهما، فاعتبروا فى ذلك أمرين، أحدهما: أن لا يكون السلف للشريك أو للمكاتب واعتبروا فى جواز السلف للمكاتب أن لا يكون شيء من حق الذى أنظره حاضرًا، فيتعين بذلك، فلا تكون الحوالة من حق الذى أنظره على المكاتب لازمة؛ لأنه بدفعه عوضًا عن حق لم يجب للمحيل، والله أعلم.

وهذا أكثره مما رواه ابن المواز عن ابن الماجشون، وقد ثبت ذلك بزيادة ألفاظ.

مسألة: وإذا حل النجم، فسأل أحدهما الآخر أن يقتضي دونه، فأذن له فى ذلك، فهذا سلف للشريك، ويرجع المسلف على شريكه عند العجز أو الموت عن غير مال، رواه ابن المواز عن مالك.

وأما إذا جاء بالنجم، فقد قال ابن الماجشون: إذا جاء بالنجم كله وأخذه أحدهما، فهو سلف للشريك، فإن لم يأت إلا بالنصف، فهو إنظار للمكاتب.

وقال ابن المواز: يريد إذا رضى بذلك الشريك، إذا جاء المكاتب بنصف النجم، فأنظره أحدهما، فهو إنظار للمكاتب، فإن حضر أكثر من النصف، فأخذه أحدهما بإذن الآخر، واشترط فيه إنظار المكاتب، لم يلزمه ذلك فى الزيادة؛ لأن الزيادة مما

يصيب الذى لم يقبض، فقد أحال بها القابض شريكه فيما لم يحل، فإن لم يدفع ذلك المكاتب، رجع الشريك على شريكه؛ لأن الإنظار إنما يجوز بما حل لا فيما لم يحل.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا حل النجم، فأخذه أحدهما بإذن الآخر ليأخذ الآخر النجم الثانى، فهو سلف من الشريك يرجع به عليه فى العجز والموت، يريد أن السلف كان من الشريك لشريكه، ولعله هو الذى سأله.

وقال محمد: إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم الثانى، فليس له أخذه به حتى يحل النجم الثانى، ومعنى ذلك أن الشريك لما أذن لشريكه فى أن يأخذ هذا النجم الأول فأخذه، ويأخذ شريكه النجم الثانى، فقد أسلفه سلفًا مؤجلاً إلى أجل النجم الثانى، فإذا عجز المكاتب قبل ذلك أو مات لم يكن له طلب السلف قبل أجله.

فرع: ولو حل النجم الثانى قبل عجزه، فتعذر على المكاتب قبل أن يقبضه لكان على القابض أن يقبضه سلفة، ثم يتبعان المكاتب جميعًا، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك أنه سلف من أحد الشريكين الآخر، فإن لم يقبضه عنه المكاتب، لزم المتسلف أن يقبضه، ثم يتبعان المكاتب بما لهما، وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن العبد لم يعجز بعد، والذى قاله ابن القاسم فى العتبية، أن المكاتب لم يعجز، فليس للذى أنظره مطالبة الشريك إلا أن يعجز المكاتب.

فصل: وقوله: **«فإن ترك المكاتب فضلاً عن كتابته، أخذ كل واحد منهما ما بقى من الكتابة، وكان ما بقى بينهما بالسواء»**، يريد إن كان أحدهما قد اقتضى نصف حقه، ولم يقبض الآخر شيئًا، فإن كل واحد منهما يقتضى ما بقى له من الكتابة على حسب ما بقى له من القلة والكثرة؛ لأنهما على حسب ذلك استحقا عليه الكتابة التى هى مقدمة فى ماله.

فإذا استوفيا ذلك، فما فضل بعد ذلك، فهو بينهما على السواء على حسب ما كانا متساويين فى ملك رقبته قبل عقد الكتابة وملك كتابته بعد العقد.

فصل: فإن عجز المكاتب، وقد اقتضى الذى لم ينظره أكثر مما اقتضاه الذى أنظره، كان العبد بينهما بنصفين، ولا يرد على صاحبه فضل ما اقتضى، يريد أن العبد بعجزه يرجع إلى ملكهما على حسب ما كان قبل الكتابة؛ لأن ذلك مقتضى عجزه.

ولا يؤثر فى ذلك ما اقتضى أحدهما أكثر من صاحبه كما لا يؤثر فى الملك أن

يقتضى السيد معظم الكتابة، ثم يعجز العبد عن أقلها، فإنه يرجع إلى رقه على حسب ما كان قبل الأداء.

وإنما لم يرجع الذى أنظره على الذى اقتضى بمقتضاه زائدًا عليه؛ لأنه لم يسلفه إياه، وإنما أسلفه للمكاتب، ولو أسلف شريكه لرجع عليه بما أسلفه، وقد تقدم ذكره من رواية يحيى عن ابن القاسم، ولا يتبع الذى أنظره العبد بشىء مما أنظره؛ لأن العجز يسقط عنه دين الكتابة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«ولو وضع له ثم اقتضى صاحبه بعض الذى عليه، ثم عجز، فالعبد بينهما»**، يريد أن ما وضع عنه أحدهما لا تأثير له فى ملك العبد مع العجز كما لو قبض منه بإذن صاحبه جميع ما له عليه، ثم عجز عن أداء ما للثانى عنده، فاسترق، فإنه يرجع ملكًا لهما.

وقال مالك فى أصل المسألة: **«ولا يرد الذى اقتضى على صاحبه شيئًا»**، يريد أن ما قبض يكون له دون الذى وضع عنه؛ لأنه لم يقبض شيئًا على وجه السلف، وإنما قبض ما كان له؛ لأن شريكه قد وضع عنه جميع ما كان له، فلم يقتض الذى تمسك بحقه من حق صاحبه كما لو كان لهما دين على رجل واحد بذكر حق واحد، فأنظره أحدهما ثم قبض الآخر بعض حقه ثم أفلس، فإن الذى أنظره لا يرجع على صاحبه بشىء، وكذلك لو أسقط أحدهما حقه من الدين لم يرجع على من قبض حقه منه، والله أعلم.

* * *

الحمالة فى الكتابة

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبِيدَ إِذَا كُوتِبُوا جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً، فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ عَنْ بَعْضٍ، وَإِنَّهُ لا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَحَدِهِمْ شَىْءٌ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ: قَدْ عَجَزْتُ، وَأَلْقَى بِيَدَيْهِ، فَإِنَّ لأَصْحَابِهِ أَنْ يَسْتَعْمِلُوهُ فِيمَا يُطِيقُ مِنَ الْعَمَلِ وَيَتَعَاوَنُونَ بِذَلِكَ فِى كِتَابَتِهِمْ حَتَّى يَعْتِقَ بِعِتْقِهِمْ إِنْ عَتَقُوا، وَيَرِقَّ بِرِقِّهِمْ إِنْ رَقُّوا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كان له جماعة عبيد، فإنه لا بأس أن يكاتبهم كتابة واحدة تشملهم بعقد واحد، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه؛ لأنه عقد مقصوده إزالة الملك عن الرقبة، فجاز أن يخص ويعم كالتدبير والعتق. وقال الشيخ أبو القاسم: وسواء كانوا أجانب أو أقارب.

مسألة: ومن كاتب عبديه، لم يجز له بيع أحدهما ولا نصفهما. قال محمد: وقال: يريد بقوله: ولا نصفهما، قال: على قول أشهب: ولا يبيع أحدهما؛ لأن ذلك النصف يصير محتملاً عما لا يملكه سيده، وله بيعهما من رجل واحد، لا من رجلين.

قال محمد: أما بيعهما من رجلين أو من رجل نصف كتابتهما جميعًا، فجائز ولو ورثهما ورثة، جاز لكل واحد بيع حصته منهما وهبته. وقد أجاز ابن القاسم وأشهب بيع بعض المكاتب أو نجمًا غير معين.

فصل: وقوله: **«فإن بعضهم حملاء عن بعض»**، يريد أن ذلك حكم إطلاق الكتابة لجماعة عبيد؛ لأن ذلك معنى اشتمال العقد عليهم، فإنه لا يعتق بعضهم إلا بعتق بعض، خلافًا للشافعي فى قوله: إن من أدى منهم بقدر ما عليه عتق، ولو عقدوا العقد على أن بعضهم حملاء عن بعض بطل. وقال أبو حنيفة: يجوز استحسانًا لا قياسًا.

والدليل على ما نقوله أن عقد الكتابة مبنى على منافاة التبعيض، ولذلك من كاتب عبده لم يعتق منه شىء إلا بأداء جميع ما عليه، فكذلك من كاتب أعبدًا لم يعتق منهم أحد إلا بأداء ما عليهم.

دليل آخر، وهو أن هذا عقد يفضى إلى حرية، فإذا اشتمل على جميعه لم يتبعض عتقه.

أصل ذلك قوله إذا أديتم إلىَّ ألف دينار، فأنتم أحرار. وهذا إذا كان سيدهم واحدًا، فأما إن كان السادات جماعة كالسيدين يكاتبان عبدين لهما، فإن أشهب لا يجيز الكتابة إلا أن يسقط حمالة بعضهما عن بعض.

مسألة: وعقد الكتابة على جمع عبيد لسيد واحد أو لسادات، يفتقر إلى تقدير جملة الكتابة دون تقدير ما يخص كل واحد منهما؛ لأنه لا يجوز فى عوضها لما كان مقصودها العتق، وليست بدين ثابت ما يجوز فى سائر الأعواض فى العقود التى مقصودها المعاوضة، ويكون العوض فيها دينًا ثابتًا، وهذا على قول ابن القاسم أنه لا يجوز لرجلين جمع ثوبهما فى البيع. وأما على قوله بتجويز ذلك، فلا يحتاج إلى فرق.

مسألة: وليس للسيد أخذ أحد المكاتبين بجميع ما على جملتهم مع قدرتهم على الأداء، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك أن الحق متعلق بجميعهم مع الحياة والقدرة، وإنما يلزم كل واحد منهم

جميعًا لحق الضمان، فما كان المضمون حاضرًا قادرًا على الأداء، فليس للسيد طلب أحدهم بحق الضمان، وإنما له طلب كل واحد منهم بما يخصه بحق الكتابة، فإن تعذر القبض من بعضهم بأن عجز، قال في كتاب ابن المواز: أو تغيب، فله الأخذ من غيره.

فصل: وقوله: «**ولا يوضع عنهم بموت أحدهم شيء**»، يريد أن أصحابه قد ضمنوا ما عليه، وقد التزموا الكتابة جملة والكتابة تنافي التبعيض، فلا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة، فإن استحق أحدهم بملك أو حرية من أصله، وقد علم السيد بذلك أو لم يعلم، ففي الموازية: يوضع عنهم حصته في ذلك.

والفرق بينه وبين الموت أن العقد في الذي مات تناوله على وجه الصحة، فلزمهم ما يخصه كما لو عجز، وهذا لم يتناوله، فلذلك وضع عنهم بقدر ما يخصه؛ لأنه لم يلزمهم. قال ابن الماجشون في الموازية: يحط عنهم على عددهم إن كانوا أربعة حط عنهم ربع العدد باستحقاق أحدهم.

فصل: وقوله: «**وإن قال أحدهم عجزت**»، يريد أنه لم يعلم عجزه إلا بدعواه، فإنه لا يسقط عنه بذلك ما لزمه بالكتابة ولأصحابه أن يستعملوه ما يطيق من العمل؛ لأنه دخل على القوة على السعي، فليس له أن يخرج نفسه منه إلى رق، ولأن عقد الكتابة لازم، فالذي يدعي العجز لا يخلو أن يكون له مال ظاهر أو لا يكون له مال ظاهر، فإن كان له مال ظاهر لم يكن له أن يعجز نفسه.

قال مالك في الموازية وفي العتبية من رواية موسى بن معاوية عن ابن القاسم، وروى ابن وهب عن ابن كنانة وابن نافع: إنه إذا كره الكتابة فعجز نفسه، وأشهد بذلك، عاد مملوكًا، وإن كان له مال. قال ابن حبيب: وقول مالك أحب إليّ وقول الشافعي على قول ابن كنانة وابن نافع.

وجه قول مالك في لزوم العقد أن الكتابة عقد معاوضة ينفذ عوضاها، فلزمت في الجنبتين، ولا يلزم على هذا الجعل، فإن العمل غير متقرر به، فلذلك لم يلزم في جنبة العامل.

ووجه القول الثاني أن مال الكتابة مال غير مستقر على العبد، فلذلك لا يجوز أن يتحمل به عنه، فلما لم يكن مستقرًا عليه، لم يلزمه أداؤه.

وهذا الذي ذكره أصحابنا عن الشافعي، والذي ذكره أصحابه عنه أن معنى قوله: أن الكتابة عقد جائز، لا يريد أن للمكاتب فسخه إذا شاء، وإنما يريد به إذا كان بيده

مال لم يجبر على أدائه، وإذا لـم يجبر على أدائـه، خير السيد بين الصبر وبين فسخ كتابته، والله أعلم.

مسألة: فإذا لم يكن للمكاتب مال ظاهر، فقد قال مالك في العتبية: إذا كان مالـه صامتًا لا يعرف، فله أن يعجز نفسه، وهو معنى قول مالك أنه إذ أعجز نفسه، ثم أظهر أموالاً بعد ذلك لم يرد إلى الكتابة، وكان رقيقًا.

ووجه ذلك أنه إذ أعجز نفسه لعدم مال ظاهر يؤدى منه، فقد بطل عقد الكتابة وتقرر ملك السيد عليه، فلا يزول ملكه عنه بظهور ماله بعد ذلك، كما لو لم تتقدم فيه كتابة.

فرع: وأين يعجز نفسه، قال ابن القاسم في العتبية: يعجز نفسه دون السلطان. قال سحنون: لا يجوز التعجيز إلا عند السلطان.

وجه قول ابن القاسم أن هذا عقد عقده السيد والمكاتب على إزالة ملك السيد بعوض، فجاز لهما فسخه ونقضه، كالبيع.

وجه قول سحنون أنه قد تعلق به حق لله تعالى، فليس لهما نقضه إلا بحكم حاكم ينظر في ذلك لحق الله تعالى، فإن رجا الأداء أو نفوذ العتق أبقاه، وإن تبين منه العجز أنفذ فسخه.

مسألة: وإن لم يكن له مال ظاهر، وكان صانعًا، فله أن يعجز نفسه. وقال الشيخ أبو القاسم: للمكاتب أن يعجز نفسه. وقيل: له ذلك إذا لم يكن له مال ظاهر، فالذى اقتضى ذلك أن ليس له مال ظاهر، فيه روايتان.

وجه المنع من ذلك أنه قادر على الأداء، فلم يكن لـه تعجيز نفسه واسترقاقها بعد عقد العتق كالذى له مال ظاهر.

ووجه الرواية الثانية أنه ليس له مال يؤدى منه، فلا يجبر على الكسب.

مسألة: وهذا إذا كان مفردًا بالكتابة، فأما إذا شاركه غيره فيها، ففى كتاب محمد: يعجز نفسه قبل نجومه، إلا أن يكون معه ولد، فلا تعجيز له، ويؤخذ بالسعى عليهم صاغرًا، وإن ظهر منه لدد رأيت أن يعاقب، وإن كان له مال ظاهر، فلا تعجيز له، ويؤخذ ماله فيعطى السيد، يريد بعد محله ويعتق هو وولده، وكذلك لو شاركه في الكتابة أجنبي.

ووجه ذلك أن حق من شاركه فى الكتابة من ولد أو أجنبى قد تعلق به سعيه وماله؛ لأن الكتابة مبنية على سعى بعضهم مع بعض وأداء بعضهم عن بعض، والكتابة عقد لازم، فلم يكن للسيد وأحد المكاتبين، فسخ ذلك فى حقه دون إذن سائر من معه فى عقد الكتابة.

فرع: ولو كاتب عبدين بعقد واحد، فحنث فى أحدهما بيمين لزمته قبل الكتابة، ففى الموازية: لا يعجل عتقه، وهو كابتداء عتقه، فإن عجز عتق بالحنث فى يمينه. ووجهه ما تقدم.

فمن أعتقه سيده، فأبى ذلك أشراكه فى الكتابة، فأدى معهم حتى عتقوا، فإنه لا يرجع على سيده بما أدى عن نفسه، رواه ابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن ما وجهه إليه السيد من العتق لم يتم لما تعلق به من حق أصحابه؛ لأن ذلك لم يكن حقًّا للسيد، فكان بمنزلة من أعتق عبدًا لغيره أو أعتقه، وهو محجور عليه فى عتقه.

فصل: وقوله: **«يتعاونون به حتى يعتق بعتقهم ويرق برقهم»**، يريد من فيه سعاية وعمل، فإن قصر عن قدر ما يلزمه، فإن أصحابه فى الكتابة يتعاونون به، فإن عجزوا عن أداء جميع ما عليهم رقوا ورق معهم، وإن أدوا عتقوا وعتق معهم.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، لَمْ يَنْبَغِ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَتَحَمَّلَ لَهُ بِكِتَابَةِ عَبْدِهِ أَحَدٌ إِنْ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ عَجَزَ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ تَحَمَّلَ رَجُلٌ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اتَّبَعَ ذَلِكَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قِبَلَ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ أَخَذَ مَالَهُ بَاطِلا، لا هُوَ ابْتَاعَ الْمُكَاتَبَ، فَيَكُونَ مَا أُخِذَ مِنْهُ مِنْ ثَمَنِ شَيْءٍ هُوَ لَهُ، وَلا الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، فَيَكُونَ فِي ثَمَنِ حُرْمَةٍ ثَبَتَتْ لَهُ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَكَانَ عَبْدًا مَمْلُوكًا لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ يُتَحَمَّلُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِهَا، إِنَّمَا هِيَ شَيْءٌ إِنْ أَدَّاهُ الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، لَمْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ سَيِّدُهُ بِكِتَابَتِهِ، وَكَانَ الْغُرَمَاءُ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، رُدَّ عَبْدًا مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهِ، وَكَانَتْ دُيُونُ النَّاسِ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ، لا يَدْخُلُونَ مَعَ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الكتابة لا تجوز بالحمالة، فإذا دخلتها الحمالة، فلا يخلو أن يكون ذلك فى أصل العقد أو يكون بعد العقد، فإن كانت الكتابة انعقدت بشرط الحمالة، ففى الموازية: لا تجوز الكتابة على الحمالة؛ إذ ليس من سنتها أن تكون فى الذمم. قال محمد: يريد إنما هى فى الوجه.

ومعنى ذلك والله أعلم، أنه لم تتعلق الكتابة بذمة تعلقًا لازمًا إنما تعلقت بالتصرف والكسب. وروى ابن مزين عن عيسى وأصبغ: تمضى الكتابة وتبطل الحمالة. وقال الشيخ أبو القاسم: لا تجوز الحمالة بالكتابة، ومن تحمل بذلك لم تلزمه حمالته.

مسألة: وأما الرهن، فإن كان الرهن للمكاتب فإنه يجوز أن يكاتبه عليه، ويأخذه منه بعد عقد الكتابة إن رضيا بذلك، وإن كان الرهن لغير المكاتب لم تجز الكتابة كالحمالة من كتاب ابن المواز، قال: ويخير السيد بين أن يمضيها بلا رهن أو يفسخها. قال محمد: إلا أن تحل الكتابة، فلا تفسخ ويفسخ الرهن.

فصل: وقوله: «**وإن مات المكاتب وعليه دين لم يحاص سيده الغرماء**»، وهو قول مالك والشافعى.

ووجه ذلك أن المكاتب لا يحاص سيده الغرماء فى ماله إذا أفلس؛ لأن الرقبة ترجع إليه، فكذلك فى الموت مع الفلس، فدل ذلك على أن دين الكتابة ليس بدين ثابت، فلذلك لا يجوز فيه رهن ولا حمالة.

ألا ترى أن الكاتب إذا مات وعليه دين، فإن دين الغرماء أحق بماله من سيده حتى يستوفى الغرماء حقوقهم، ولو عجز المكاتب لكانت ديون الناس فى ذمته ولم يتعلق بها شىء من الكتابة؛ لأن الرقبة التى خرجت عن يده بالكتابة عادت بالعجز لا يشاركه فى شىء من ذلك غريم.

قال مالك: إِذَا كَاتَبَ الْقَوْمُ جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً، وَلا رَحِمَ بَيْنَهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِهَا، فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ عَنْ بَعْضٍ، لا يَعْتِقُ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ حَتَّى يُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ كُلَّهَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنْهُمْ، وَتَرَكَ مَالا هُوَ أَكْثَرُ مِنْ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ، أُدِّىَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ، وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ لِسَيِّدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ كَاتَبَ مَعَهُ مِنْ فَضْلِ الْمَالِ شَىْءٌ وَيَتْبَعُهُمُ السَّيِّدُ بِحِصَصِهِمِ الَّتِى بَقِيَتْ عَلَيْهِمْ مِنَ الْكِتَابَةِ الَّتِى قُضِيَتْ مِنْ مَالِ الْهَالِكِ؛ لأَنَّ الْهَالِكَ إِنَّمَا كَانَ تَحَمَّلَ عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا مَا عَتَقُوا بِهِ مِنْ مَالِهِ،

وَإِنْ كَانَ لِلْمُكَاتَبِ الْهَالِكِ وَلَدٌ حُرٌّ لَمْ يُولَدْ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يُكَاتَبْ عَلَيْهِ، لَمْ يَرِثْهُ؛ لأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى مَاتَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتبين إذا لم يكن بينهم رحم، فإنهم حملاء بعضهم عن بعض، ولا تأثير فى ذلك لكونهم لا رحم بينهم، فإن هذا حكم ذوى الأرحام وأشد، وإنما يؤثر ذلك فى التراجع.

وأما اجتماعهم فى الكتابة، فعلى حد واحد، لابد أن يكون بعضهم حملاء عن بعض، ولا نقول: يجوز ذلك بينهم فقط، بل نقول: إن حكم الكتابة لابد منه، خلافا للشافعى.

وقد تقدم ذكره، وإنما جاز ذلك بين أهل الكتابة لسيدهم؛ لأن ملكه ضمن ملكه مع كون العقد يلزمهم لزومًا واحدًا. وقال فى الموازية: ولو كاتب كل واحد على حدة، جاز أن يضم أحدهما إلى الآخر، ولكن لا يعتق أحدهما إلا بإذن الآخر.

ووجه ذلك أنه إن انفرد عقد كل واحد منهما ثم ضمن كل واحد منهما صاحبه، فقد عاد إلى حكم العقد الواحد. وقد قال فى الموازية: لا بأس أن يتحمل عبده بما على مكاتبه، ووجهه ما قدمناه.

مسألة: ولو كان عبدان لرجلين، أو ثلاثة أعبد لثلاثة رجال، ففى الموازية أنه قد اختلف فى جمعهم فى كتابة، فلم يجزه أشهب، قال: لأن كل عبد يتحمل لغير سيده بحصة لغير سيده فى عبد، فهى كتابة متبعضة إلا أن يسقطوا حمالة بعضهم عن بعض، فيجوز، وعلى كل واحد بقدر ما يلزمه من الكتابة يوم عقدت.

قال أحمد بن ميسر: ليس كما احتج؛ لأن لكل واحد ثلث كل عبد، فإنما يقبض كل واحد عن ثلثه، ثلث الكتابة، فلا يقبض أحدهم عن غير ملكه شيئًا.

فصل: وقوله: **«وإن مات أحدهم، وترك أكثر مما عليهم من الكتابة أدى عنهم جميع ما عليهم».**

ووجه ذلك ما قدمناه من ضمان بعضهم عن بعض، فإذا مات أحدهم حلت النجوم كلها فى حصته، فإذا وجد له مال أدى ذلك كله منه، وكان فضل المال للسيد، ولم يكن لمن معه فى الكتابة شىء منه؛ لأنهم ليسوا بذوى أرحام له، وإنما اختلف فى تراجع ذوى الأرحام.

* * *

القطاعة فى الكتابة

١٤٩٣ – قال مَالِك: أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تُقَاطِعُ مُكَاتَبِيهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

الشرح: قوله: **«أن أم سلمة كانت تقاطع مكاتبيها بالذهب والورق»**، والمقاطعة هو أن يجعل عتق المكاتب على شىء يقاطع عليه، معجل أو مؤجل، ويحتمل أن يكون فعل أم سلمة أصل الكتابة بالذهب، فيقاطعه بالذهب أو بالورق، فهذا اتفق العلماء على جوازه، إلا أنه قد روى عن ابن عمر: لا يقاطع المكاتب إلا بعوض. قال ابن القاسم: ولم يأخذ به الناس. قال الزهرى: لا أعلم أحدًا قاله غير ابن عمر.

وقال الشيخ أبو إسحاق: تأول بعض المتأولين فى قوله تعالى: **﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾** [النور: ٣٣]، أن ذلك قطاعة المكاتب على بعض ما عليه، وترك البعض له تعجيل العتق.

وأما إن كان بالذهب، فيقاطعه بذهب، فقد قال القاضى أبو محمد: إذا بيعت كتابة المكاتب والعبد، فيجوز أن يبيعه سيده كيف شاء، فينقله من ذهب إلى ورق، ومن ورق إلى ذهب، ومن عروض إلى عروض من جنسها ومن غير جنسها؛ لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كتب عليه والعدول عنه إلى مال يعجل، وليس فى قوله: **«أن أم سلمة كانت تقاطع مكاتبيها بالذهب والورق»**، ما يدل على أصل الكتابة.

وفى الموازية: لا بأس أن يقاطع المكاتب ويعجل عتقه بشىء، يعجله أو يؤخره، إلى أبعد من أجل الكتابة أو أقرب، كان طعامًا أو غيره.

ووجه ذلك ما قدمناه، ومن اشترى كتابة المكاتب، جاز أن يقاطعه بما يقاطعه به سيده، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَنْ يُقَاطِعَهُ عَلَى حِصَّتِهِ إِلا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ بَيْنَهُمَا، فَلا يَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ إِلا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَلَوْ قَاطَعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ، ثُمَّ حَازَ ذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَلَهُ مَالٌ أَوْ عَجَزَ، لَمْ يَكُنْ

١٤٩٣ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٦.

لِمَنْ قَاطَعَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ، وَيَرْجِعَ حَقَّهُ فِي رَقَبَتِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من حكم الشريكين فى المكاتب أن يتساويا فى ماله على حسب ما كان اشتراكهما فيه، ولا يجوز لأحدهما أن يقاطعه على شىء ينفرد بتعجيله دون شريكه، إلا أن يأذن له فيه، فإن فعل وكملت مقاطعته له، صار ذلك رضًا بما أخذه عن حصته فى المكاتبة.

فإن مات المكاتب على ما كان المتمسك أحق بجميعه، وكذلك إن عجز المكاتب، فإنه يكون أحق برقبته؛ لأن الذى قاطعه لم يبق له فيه شىء، وعتق المكاتب لا يتبعض، فكان المتمسك أحق بماله بعد موته وبرقبته بعد عجزه، والله أعلم. هذا معنى ما فى الموطأ.

وفى الموازية: إن قبض المتمسك، مثل ما قبض الذى قاطعه، فلا حاجة للمتمسك فى موته، إن لم يدع شيئًا ولا فى عجزه؛ لأنهما فى العجز يتساويان فى رقبته.

وكذلك إن ترك الميت ما يأخذ منه المتمسك، مثل ما أخذ المقاطع، قال ابن المواز: لا اختلاف فى هذا عن ابن القاسم وأشهب.

واختلف إذا عجز، ولم يقبض المتمسك إلا أقل من الآخر لاختلاف قول مالك فيه، فقال ابن القاسم: الخيار للمتمسك، إن شاء رجع بنصف الفضل على الآخر، أو تماسك بالعبد كله.

وقال أشهب، ورواه عن مالك، وعليه الرواة: له الرجوع بنصف الفضل، فإن اختار المتمسك بالعبد رجع الخيار للمقاطع، قاله محمد، ويصير كأنه قاطع بإذنه أو حكم به، فرضى.

وروى ابن مزين، عن عيسى، عن ابن القاسم: إن قاطعه أحدهما بغير إذن شريكه، فعجز، فرقبته عند مالك، للذى تمسك بالرق خالصًا، إلا أن يشاء أن يأخذ بنصف ما يفضله به الذى قاطعه، وإن شاء ترك، وكان العبد خالصًا، وإن مات العبد، فميراثه للمتمسك إلا أن يكون الذى قاطع قد أخذ أكثر مما ترك العبد، فيرجع عليه، فيأخذ منه نصف ما يفضل به.

قال ابن مزين: غلط ابن القاسم فى هذه الرواية عن مالك، وهى واضحة فى رواية مطرف عن مالك. وقال يحيى بن يحيى: سألت ابن نافع وأخبرته بقول مالك، ورواية

ابن القاسم، فقال: لست أعرف ما يقول عن قول مالك، وأرى أن يفسخ ويرجع إلى نصيبه من الرقبة إن عجز، أو من الميراث إن مات، على ما أحب شريكه أو كره.

قال ابن نافع: وليست حاله كحال من قاطع بإذن شريكه. قال يحيى بن إبراهيم: وهذا أصوب ما قيل فيه، وهو واضح فى رواية مطرف عن مالك، فما كان خلاف هذه الرواية فوهم، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مُكَاتَبًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، فَإِنْ أَحَبَّ الَّذِى قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ الَّذِى أَخَذَ مِنْهُ مِنَ الْقِطَاعَةِ، وَيَكُونُ عَلَى نَصِيبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالا اسْتَوْفَى الَّذِى بَقِيَتْ لَهُ الْكِتَابَةُ حَقَّهُ الَّذِى بَقِىَ لَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ كَانَ مَا بَقِىَ مِنْ مَالِ الْمُكَاتَبِ بَيْنَ الَّذِى قَاطَعَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا فِى الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَاطَعَهُ، وَتَمَاسَكَ صَاحِبُهُ بِالْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ قِيلَ لِلَّذِى قَاطَعَهُ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَرُدَّ عَلَى صَاحِبِكَ نِصْفَ الَّذِى أَخَذْتَ، وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ، وَإِنْ أَبَيْتَ، فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِى تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ خَالِصًا.

الشرح: قوله: **«ولكن من قاطع مكاتبًا بإذن شريكه، ثم عجز المكاتب، فإن للذى قاطعه أن يرد ما أخذ من القطاعة، ويكون على نصيبه من رقبة المكاتب»** قال ابن القاسم: وله أن يسلم العبد كله إلى المتمسك، وذلك أن شريكه لما أذن له فى ذلك لم يكن له رجوع عليه فيما قبض بإذنه، ولكن الذى قاطعه إنما أخذ ذلك ليؤدى المكاتب ويعتق.

فإذا عجز، كان له أن يرجع فى حصته منه وشاركه المتمسك فيما أخذ، أو يتمسك بما أخذ، وسلم جميع العبد إلى شريكه، ولو لزمه ذلك للزمه العتق، وهذا إنما قبض الذى تمسك أقل مما قبض شريكه.

وأما إذا قبض مثل ذلك أو أكثر، ففى الموازية: العبد بينهما بنصفين، ومعنى ذلك أن شريكه قد أخذ مثل الذى أخذ هو، فلا حجة له عليه فى التمسك، ولو أخذ صاحبه أكثر منه لم يرجع عليه الذى قاطع؛ لأنه قد رضى ببيع نصيبه بأقل مما كان عقد عليه الكتابة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيُقَاطِعُهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْتَضِي الَّذِي تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ مِثْلَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ.

قال مالك: فَهُوَ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا اقْتَضَى الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، وَإِنِ اقْتَضَى أَقَلَّ مِمَّا أَخَذَ الَّذِي قَاطَعَهُ ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، فَأَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يَفْضُلُهُ بِهِ، وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ أَبَى، فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِي لَمْ يُقَاطِعْهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالا، فَأَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يَفْضُلُهُ بِهِ، وَيَكُونُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا، فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي تَمَسَّكَ بِالْكِتَابَةِ قَدْ أَخَذَ مِثْلَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ شَرِيكُهُ أَوْ أَفْضَلَ، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَهُمَا بِقَدْرِ مِلْكِهِمَا؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ حَقَّهُ.

الشرح: وهذا على ما تقدم أنه إن عجز فقبض الذى تمسك مثل ما قبض صاحبه أو أكثر، فالعبد بينهما رقيقًا لهما، أو يسلم جميع العبد إلى المتمسك. وأما إذا مات المكاتب وقبض المتمسك مثل ما قبض شريكه أو أكثر، فالميراث بينهما، وإن قبض أقل، فللذى قاطع أن يرد على الآخر نصف ما فضله، ويكون الميراث بينهما، فذلك له.

ومعنى هذا أن يأخذ المتمسك من تركة العبد مثل ما فضل بصاحبه، ويكون الثانى بينهما بنصفين، ولا فرق بين هذا وبين ما فى الكتاب إلا فى الأعيان من الثياب والدواب والعبيد وغير ذلك، فإن لفظ الموطأ يقتضى أنه إن أحب الذى قاطع دفع نصف ما يقضى به ويكون له الأعيان.

وكذلك روى عيسى، عن ابن القاسم فى الموازية: أن المتمسك يستوفى بقية كتابته من مال المكاتب الذى توفى، ثم يقتسمان الباقى، وكذلك فرق بين العجز والموت، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإن مات المكاتب وترك مالاً استوفى منه المتمسك ما بقى له من الكتابة**»، يريد أنه وإن استوفى منه فى الموت مثل الذى استوفى الذى قاطع وأكثر، فإنه يأخذ منه بقية ماله عليه من الكتابة، ثم يكون ما بقى بينهما بنصفين.

وأما فى العجز، فهو بخلاف الكتابة إذا استوفى منه مثل ما يستوفى الذى قاطع أو

أكثر، فليس للذى تمسك أكثر من ذلك، والعبد بينهما بنصفين، وذلك أن فى العجز بقية رقبة المكاتب، وفى الموت قد ذهبت، فلذلك افترقا.

ولو ترك المكاتب أقل مما بقى عليه للمتمسك لم يكن له غيره، ولم يرجع على الذى قاطع بشىء مما أخذ له فى النوادر. وهذا إذا قاطعه بعين فإن قاطعه بعرض أو حيوان، نظر إلى قيمته نقدًا يوم قبضه، وكان الأمر على ما تقدم، وإن كان ما قبض مكيلاً أو موزونًا رد مثله، ويرد صاحبه ما قبض، فكان بينهما.

مسألة: فلو مات المكاتب، وقد بقى للذى قاطع بعض حقه، كان له أن يأخذ مما بقى من القطاعة، وللآخر أن يأخذ ما بقى له من الكتابة، وإن عجز ماله عن ذلك تحاصا فيه، لكل واحد منهما بما بقى من النوادر.

فصل: وقوله: «**ولو عجز المكاتب، فللذى قاطعه أن يرد نصف ما أخذ، ويكون العبد بينهما نصفين أو يتماسك بما قبض ويكون العبد كله للمتمسك**». ومعنى ذلك أن المتمسك لم يقبض منه شيئًا، فيكون للذى قاطع أن يرد نصف ما زاد أخذه على أخذ المتمسك، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيُقَاطِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ حَقِّهِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْبِضُ الَّذِى تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ أَقَلَّ مِمَّا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ.

قال مالك: إِنْ أَحَبَّ الَّذِى قَاطَعَ الْعَبْدَ أَنْ يَرُدَّ عَلَى صَاحِبِهِ نِصْفَ مَا يَفْضُلُهُ بِهِ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا شَطْرَيْنِ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَرُدَّ، فَلِلَّذِى تَمَسَّكَ بِالرِّقِّ حِصَّةُ صَاحِبِهِ الَّذِى كَانَ قَاطَعَ عَلَيْهِ الْمُكَاتَبَ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا شَطْرَيْنِ، فَيُكَاتِبَانِهِ جَمِيعًا، ثُمَّ يُقَاطِعُ أَحَدُهُمَا الْمُكَاتَبَ عَلَى نِصْفِ حَقِّهِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ الرُّبُعُ مِنْ جَمِيعِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ، فَيُقَالُ لِلَّذِى قَاطَعَهُ: إِنْ شِئْتَ فَارْدُدْ عَلَى صَاحِبِكَ نِصْفَ مَا فَضَلْتَهُ بِهِ وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ، وَإِنْ أَبَى كَانَ لِلَّذِى تَمَسَّكَ بِالْكِتَابَةِ رُبُعُ صَاحِبِهِ الَّذِى قَاطَعَ الْمُكَاتَبَ عَلَيْهِ خَالِصًا، وَكَانَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ، فَذَلِكَ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ، وَكَانَ لِلَّذِى قَاطَعَ رُبُعُ الْعَبْدِ؛ لأَنَّهُ أَبَى أَنْ يَرُدَّ ثَمَنَ رُبُعِهِ الَّذِى قَاطَعَ عَلَيْهِ.

الشرح: ومعنى ذلك أن أحد الشريكين قاطع المكاتب على نصف نصيبه، وهو ربع جميعه، وأبقى النصف الآخر من نصيبه على حكم الكتابة. قال مالك فى الموازية: فيبقى ثلاثة أرباع العبد على حكم الكتابة، وربعه على القطاعة، فهذا إن عجز، فللذى قاطعه أن يرد على صاحبه نصف ما فضله به، ويكون العبد بينهما بنصفين.

قال مالك فى الموازية: شاء المتمسك بالرق أو أبى؛ لأن هذا حكم الكتابة بعد العجز، إن رجعا ما كانا عليه قبل الكتابة، فإن أبى من ذلك، نفذ له ربع العبد بما قاطع عليه إذا كان قاطع بإذن شريكه، وصار كأنه باع ذلك الربع من شريكه، فصار ثلاثة أرباع العبد لشريكه بالعجز، ولم يبق للذى قاطعه من حصته إلا ما بقى على حكم الكتابة، وهو الربع من العبد.

مسألة: ولو كان قبض المتمسك مثل ما قبض المقاطع، وذلك بأن يقاطعه الأول بمائة وأخذ المتمسك مائة، كان المقاطع بالخيار بين أن يسلم إلى المتمسك ما أخذه، ويكون له نصف العبد، وبين أن يأخذ المقاطع من المتمسك ثلث المائة التى قبض، ويسلم له ربع العبد، فيكون للمتمسك ثلاثة أرباعه، والذى قاطع ربعه، وكذلك إن قبض المتمسك مائتين، فللمقاطع أخذ ثلثها، وإن كره ذلك المتمسك، ويكون للذى قاطع ربع العبد.

وإن شاء أخذ منه خمسين، وكان العبد بينهما نصفين. قال محمد: معناه أن المقاطع لم يأخذ غير ما قاطع عليه، فكان حقه أن يأخذ الثلث من كل ما يقتضى؛ لأن له ربع المكاتب وللآخر نصفه، فإن شاء أخذ ذلك ثم له أن يختار المتماسك بما قبض، ولا يكون له غير ربع العبد، وإن شاء أن يكون له نصف العبد رد فضل ما أخذ، إن كان عنده فضل، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى الْمُكَاتَبِ يُقَاطِعُهُ سَيِّدُهُ، فَيَعْتِقُ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهِ مَا بَقِىَ مِنْ قَطَاعَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ.

قال مالك: فَإِنَّ سَيِّدَهُ لا يُحَاصُّ غُرَمَاءَهُ بِالَّذِى عَلَيْهِ مِنْ قَطَاعَتِهِ، وَلِغُرَمَائِهِ أَنْ يُبَدَّءُوا عَلَيْهِ.

قال مالك: لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُقَاطِعَ سَيِّدَهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ديون لِلنَّاسِ فَيَعْتِقُ وَيَصِيرُ لا شَىْءَ لَهُ؛ لأَنَّ أَهْلَ الدَّيْنِ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ سَيِّدِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِجَائِزٍ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال لأن السيد لا يحاص الغرماء، إنما قاطع عبده به؛ لأن

ذلك بمعنى الكتابة، والكتابة لا يحاص بها الغرماء، فكذلك لا يحاص بالقطاعة؛ لأن أصل هذا الدين.

وإن كان تعلق بالذمة، فإنما تعلق بحكم الكتابة، وكذلك القطاعة حكم الهبة؛ لأنه ليس للعبد المكاتب أن يقاطع سيده، وعليه ديون تحيط بما في يده، كما لا يجوز له العتق والهبة في تلك الحال، وإن كان يجوز له المعاوضة المحضة.

قال ابن المواز: لا يحاص به السيد في فلس ولا موت، وبه قال زيد بن ثابت وعطاء وابن المسيب والزهري، وهو قول أبي حنيفة والشافعي. وقال شريح: يحاص سيده الغرماء، وبه قال النخعي والشعبي.

والدليل على ما نقوله ما قدمناه، والله أعلم.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يُقَاطِعُهُ بِالذَّهَبِ، فَيَضَعُ عَنْهُ مِمَّا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ عَلَى أَنْ يُعَجِّلَ لَهُ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ، أَنَّهُ لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ، وَإِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ مَنْ كَرِهَهُ؛ لأَنَّهُ أَنْزَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ يَكُونُ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ، إِلَى أَجَلٍ فَيَضَعُ عَنْهُ وَيَنْقُدُهُ، وَلَيْسَ هَذَا مِثْلَ الدَّيْنِ إِنَّمَا كَانَتْ قَطَاعَةُ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ مَالا فِي أَنْ يَتَعَجَّلَ الْعِتْقَ، فَيَجِبُ لَهُ الْمِيرَاثُ وَالشَّهَادَةُ وَالْحُدُودُ، وَتَثْبُتُ لَهُ حُرْمَةُ الْعَتَاقَةِ وَلَمْ يَشْتَرِ دَرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ وَلا ذَهَبًا بِذَهَبٍ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ قَالَ لِغُلامِهِ: ائْتِنِي بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا، وَأَنْتَ حُرٌّ، فَوَضَعَ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: إِنْ جِئْتَنِي بِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَيْسَ هَذَا دَيْنًا ثَابِتًا، وَلَوْ كَانَ دَيْنًا ثَابِتًا لَحَاصَّ بِهِ السَّيِّدُ غُرَمَاءَ الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَدَخَلَ مَعَهُمْ فِي مَالِ مُكَاتَبِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن القطاعة تجوز بأقل مما كاتب عليه وأكثر على التعجيل من المؤجل، وتأجيل المعجل في الطعام وغيره، خلافًا للشافعي في قوله: لا يجوز ذلك في أن يضع ويتعجل.

والدليل على ما نقوله ما قاله مالك من أنه ليست الكتابة بدين ثابت، وإنما هي معنى متعلق بالرقبة؛ لأنه إذا تعذر أداء الكتابة استرقت الرقبة، وتنتقل بالقطاعة على تعجيل الكتابة إلى دين متعلق بالذمة على حسب ما قدمناه.

قال الشيخ أبو إسحاق: ويجوز بالنقد، واختلف في النسيئة، والنقد أحب إليّ.

وتعلق مالك، رحمه الله، فى ذلـك بفصل آخر، وهو ما تقتضيه القطاعة من العتق المتضمن لأداء الشهادة والموارثة، وتعجيل تمام الحرية، ولذلك تأثير فى التصحيح.

* * *

جراح المكاتب

قال مالك: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِى الْمُكَاتَبِ يَجْرَحُ الرَّجُلَ جَرْحًا يَقَعُ فِيهِ الْعَقْلُ عَلَيْهِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِنْ قَوِىَ عَلَى أَنْ يُؤَدِّىَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ مَعَ كِتَابَتِهِ أَدَّاهُ، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَقْوَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ عَجَزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَنْبَغِى أَنْ يُؤَدِّىَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ هُوَ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرْحِ، خُيِّرَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُؤَدِّىَ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ فَعَلَ، وَأَمْسَكَ غُلامَهُ، وَصَارَ عَبْدًا مَمْلُوكًا، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسَلِّمَ الْعَبْدَ إِلَى الْمَجْرُوحِ أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلَى السَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُسَلِّمَ عَبْدَهُ.

قَالَ مَالِك فِى الْقَوْمِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا فَيَجْرَحُ أَحَدُهُمْ جَرْحًا فِيهِ عَقْلٌ.

قال مالك: مَنْ جَرَحَ مِنْهُمْ جَرْحًا فِيهِ عَقْلٌ، قِيلَ لَهُ وَلِلَّذِينَ مَعَهُ فِى الْكِتَابَةِ أَدُّوا جَمِيعًا عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ، فَإِنْ أَدَّوْا ثَبَتُوا عَلَى كِتَابَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوا، فَقَدْ عَجَزُوا وَيُخَيَّرُ سَيِّدُهُمْ، فَإِنْ شَاءَ أَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ، وَرَجَعُوا عَبِيدًا لَهُ جَمِيعًا، وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَ الْجَارِحَ وَحْدَهُ، وَرَجَعَ الآخَرُونَ عَبِيدًا لَهُ جَمِيعًا بِعَجْزِهِمْ عَنْ أَدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرْحِ الَّذِى جَرَحَ صَاحِبُهُمْ.

الشرح: وهذا على ما قال مالك، وذلك أن عقل الجرح مقدم على ملك العبد؛ لأن العبد قبل الكتابة لو جنى للزم السيد أن يؤدى أرش الجناية أو يسلمه، فكذلك بعد الكتابة، وملك السيد لعبده قبل الكتابة أثبت من حكم الكتابة الذى لم يتقرر بعد، ولا يتقرر إلا بالأداء أو العتق، فإن افتدى العبد نفسه، فهو على كتابته.

وإن عجز، رق؛ لأنه قد عجز عن أداء الكتابة لعجزه عما هو مقدم على الكتابة، وذلك يقتضى رجوعه إلى حكم الرق المحض، ثم يكون لسيده أن يفتديه بأرش الجناية أو يسلمه على ما تقدم.

مسألة: ولو كوتب عبدان كتابة واحدة، فجنى أحدهما وعجز عن أرش الجناية، فأدى صاحبه حين خاف العجز، ثم عتقا بسعايتهما، فإنه يتبعه بأرش الجناية التى أدى عنه إن كان مما لا يعتق عليه بالملك.

قال عيسى: وإن كان ممن يعتق عليه، ففى العتبية من رواية أشهب [........][1].

ووجه ذلك أنه مال يعتقان فيه ويسترقان بالعجز عنه، فجائز أن يرجع به على الأجنبى كالكتابة.

مسألة: وإن جرح أحدهما صاحبه خطأ، وهما أجنبيان قيل للجارح: اعقل ما جنيت وتبقيان على كتابتكما، ويحتسب بذلك مما عليكما من آخر نجومكما، ويتبع المجروح الجارح بنصف عقل الجرح إن كانا متساويين فى الكتابة، وإن اختلفت أحوالهما فى الكتابة رجع إليه بقدر ما ينوب الجارح من ذلك؛ لأن أرش الجرح تأدى عنهما وعتقا به.

فرع: فإن عجز الجارح عن أداء الأرش، وخاف المجروح أن يعجز بعجزه، فأدى الأرش كله، أو أدى منه بقدر ما ينوبه من الكتابة اتبعه إذا عتقا بجميع أرش الجناية؛ لأنهما إذا اعتدلا فى الغرم، فكأنهما إنما أديا الكتابة، وبقى أرش الجناية على الجانى، وهذا إذا أدى عنه بعض الجناية.

وأما إن أدى جميعها، فإنه يرجع عليه بأرش الجناية، ويوفى ما يصيبه منها بعد ذلك؛ لأنه لو أسلف الجانى أجنبى أرش الجناية لرجع عليه بذلك القدر، ورجع عليه المجنى بقدر ما ينوبه فى الكتابة منها؛ لأنه أدى عنه ذلك القدر من الكتابة من حق يختص به، فكان له الرجوع به عليه، والله أعلم.

ولو كان الجانى أخا المجنى عليه أو بعض من يعتق عليه لم يرجع عليه بشىء، رواه كله عيسى، عن ابن القاسم فى المدنية.

فرق: ولو جنى أحد الأخوين على أجنبي، فأدى الثانى أرش الجناية حين خاف أن يعجز بعجز أخيه عن أرش الجناية، فإنه يرجع على أخيه بما أدى عنه.

قال ابن القاسم: والفرق بينهما أن هذا المال تأدى إلى أجنبى، ولم يتأد فى شىء مما يعتقان به، وإذا جنى أحدهما على صاحبه، ثم أدى المجنى عليه لم يرجع على أخيه؛ لأنهما يعتقان.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

وروى ابن مزين عن أصبغ أن ابن القاسم رجع عن ذلك، وقال: لا يرجع عليه بشيء مما أدى عنه من أرش الجناية على الأجنبي؛ لأنه افتكه به من الملك كما لو اشتراه، وهو مكاتب، فعتق عليه ولم يتبعه بشيء.

وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنه إذا عجز الجاني عن أداء أرش الجناية، فأداه عنه صاحبه، فإنه يرجع عليه صاحبه، وإن كان ممن يعتق عليه بخلاف الكتابة.

قال مالك: الأَمْرُ الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا أُصِيبَ بِجَرْحٍ يَكُونُ لَهُ فِيهِ عَقْلٌ، أَوْ أُصِيبَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ، فَإِنَّ عَقْلَهُمْ عَقْلُ الْعَبِيدِ فِي قِيمَتِهِمْ، وَأَنَّ مَا أُخِذَ لَهُمْ مِنْ عَقْلِهِمْ، يُدْفَعُ إِلَى سَيِّدِهِمِ الَّذِي لَهُ الْكِتَابَةُ، وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لِلْمُكَاتَبِ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ، فَيُوضَعُ عَنْهُ مَا أَخَذَ سَيِّدُهُ مِنْ دِيَةِ جَرْحِهِ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَأَنَّهُ كَاتَبَهُ عَلَى ثَلاثَةِ آلافِ دِرْهَمٍ، وَكَانَ دِيَةُ جَرْحِهِ الَّذِي أَخَذَ سَيِّدُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ إِلَى سَيِّدِهِ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ، فَهُوَ حُرٌّ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَكَانَ الَّذِي أَخَذَ مِنْ دِيَةِ جَرْحِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَدْ عَتَقَ، وَإِنْ كَانَ عَقْلُ جَرْحِهِ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَى الْمُكَاتَبِ، أَخَذَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَعَتَقَ، وَكَانَ مَا فَضَلَ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ لِلْمُكَاتَبِ، وَلا يَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَى الْمُكَاتَبِ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ جَرْحِهِ، فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ، فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ أَعْوَرَ أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدِ أَوْ مَعْضُوبَ الْجَسَدِ، وَإِنَّمَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَى مَالِهِ وَكَسْبِهِ، وَلَمْ يُكَاتِبْهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ ثَمَنَ وَلَدِهِ، وَلا مَا أُصِيبَ مِنْ عَقْلِ جَسَدِهِ، فَيَأْكُلَهُ وَيَسْتَهْلِكَهُ، وَلَكِنْ عَقْلُ جِرَاحَاتِ الْمُكَاتَبِ وَوَلَدِهِ الَّذِينَ وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ يُدْفَعُ إِلَى سَيِّدِهِ، وَيُحْسَبُ ذَلِكَ لَهُ فِي آخِرِ كِتَابَتِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا جنى عليه أو على من معه في الكتابة، أن عقل جرحه عقل جرح عبد.

ووجه ذلك أنه عبد ما بقى عليه درهم، قال: ويدفع ذلك العقل إلى سيده؛ لأنه عوض عن بعض المكاتب لئلا يفوت الذى تلف بالجناية، ويحال بينه وبين العوض منه؛ لأن ذلك يؤدى إلى رجوع العبد إليه بالعجز ناقصًا، وقد فات العوض، فوجب أن يدفع إليه.

فصل: وقوله: «**ويحتسب له به فى آخر كتابته**»، يريد فيما يتم عتقه به؛ لأنه لو احتسب له فى أول نجم، وفيما لا يتم عتقه به من عبده لأدى ذلك إلى ما قدمناه؛ لأن دفع ذلك إليه فى أول نجم دفع عما ليس بعوض عنه؛ لأن الكتابة لما كانت لا تتبعض لا يكون عوضًا من جميعها إلى الدفعة التى يتم العتق بها.

وأما ما يؤدى له المكاتب قبل ذلك، فنوع من الغلة؛ لأنه إن عجز عن آخر نجم ورجع رقيقًا، بطل ذلك كله، وكان ذلك بمنزلة من عجز ولم يعط شيئًا، فإذا أداه عن أول نجم رجع إليه المكاتب لعجزه ناقصًا ببعض الجناية، وحكمًا لما قبض من نجومه بحكم الغلة، فقد أخذ غلة عبده عوضًا عن جزء قد ذهب منه، وذلك غير جائز كما لو لم يكاتبه.

فصل: وقوله: «**وإن كان عقل الجرح أكثر مما بقى عليه من الكتابة أخذ السيد من ذلك بقية كتابته وعتق العبد، ودفع إليه الفضل**».

ووجه ذلك أن عقل الجرح إذا كان فيه أداء الكتابة عجل للسيد أداؤه، وإن كانت النجوم لم تحل؛ لأنه لو لم يكن فيه أداء احتسب له فى آخر نجم، فإذا كان فيه وفاء عجل له الأداء لأنه يتعجل به العتق؛ ولأنه لما كان عوضًا من عين العبد، ولم يجز تسليمه إلى العبد لئلا يفوت لم يرجع إلى السيد ناقصًا.

وكان تعجيل دفعه إلى السيد تعجيل عتق المكاتب لزم ذلك؛ لأنه لا حق للعبد فى تأخيره، بخلاف مال المكاتب؛ فإنه لا يعجل للسيد قبل حلول النجوم؛ لأن ذلك ليس بعوض عن عين المكاتب، ولأن للمكاتب حقًا فى تصريفه والانتفاع به إلى أن تحل نجوم كتابته، فافترقا من هذا الوجه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بيع المكاتب

قال مالك: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى مُكَاتَبَ الرَّجُلِ، أَنَّهُ لا يَبِيعُهُ إِذَا

كَانَ كَاتَبَهُ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ إِلا بِعَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلا يُؤَخِّرُهُ؛ لأَنَّهُ إِنْ أَخَّرَهُ كَانَ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَقَدْ نُهِيَ عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ. قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ بِعَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ مِنَ الإِبِلِ أَوِ الْبَقَرِ أَوِ الْغَنَمِ أَوِ الرَّقِيقِ، فَإِنَّهُ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ عَرْضٍ مُخَالِفٍ لِلْعُرُوضِ الَّتِي كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَيْهَا، يُعَجِّلُ ذَلِكَ وَلا يُؤَخِّرُهُ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه يجوز بيع كتابة المكاتب، خلافًا لربيعة وعبدالعزيز بن أبي سلمة وأبي حنيفة والشافعي في منعهم ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فلم يمنع صحتها ما فيه من العتق كما لو اشترى عبدًا للعتق، وهذا إذا باع السيد جميع الكتابة.

وأما إذا باع جزءًا منها، ففي جواز ذلك روايتان عن مالك، إحداهما: المنع، والأخرى: الجواز، قاله القاضي أبو محمد وغيره.

وجه رواية الجواز، وهي في العتبية عن ابن القاسم وأشهب، أن هذا مبيع مقصود في نفسه يجوز بيع جميعه، فجاز بيع جزء منه كسائر المبيعات.

ووجه رواية المنع، أن ذلك يؤدي إلى أن يؤدي المكاتب كتابته أداءين مختلفين، أحدهما: إلى سيده بعقد كتابته، والثاني: إلى امتناع الجزء لحق ابتياعه، وذلك غير جائز، ولذلك لا يجوز أن يكاتب الرجل نصف عبده لحق الكتابة، ويؤدي النصف الآخر من الخراج بحق الملك.

مسألة: وإن كان المكاتب لشريكين، لم يكن لأحدهما بيع حصته دون شريكه، قاله مالك في العتبية والموازية. قال في العتبية: وإن أذن في ذلك شريكه إلا أن يبيعاه جميعًا.

قال ابن القاسم: وكذلك المكاتب لا يشتري نصيب أحد الشريكين فيه إلا أن يشتري جميعه. قال عبدالملك في الموازية: أما من المكاتب، فلا يجوز إلا برضا شريكه، وأما من غيره فيجوز، وإن كره شريكه.

وجه رواية الجواز أنها معاوضة مقصودة تجوز في جميع العبد، فجازت في بعضه كالبيع والإجارة.

ووجه الرواية الثانية ما قدمناه أيضًا. وأما من العبد نفسه، فقد قال محمد: إنها كالقطاعة.

فصل: وقوله: «**إذا كاتبه بدنانير ودراهم، فلا يبيعها إلا بعرض معجل لا يتأخر**»، لأنه يدخله الكالئ بالكالئ، وإن كانت الكتابة بعرض من إبل ورقيق، جاز أن يبيعه بذهب أو فضة أو عرض مخالف له يعجل ذلك، ولا يؤخره لما قدمناه، ولا يجوز بيعها، وهي ذهب بورق؛ لأنه يدخله ذهب بورق إلى أجل ولا يبيعها، وهي عرض بعرض من جنسه أكثر منه إلى أجل؛ لأنه يدخله الزيادة مع النساء في الجنس، وذلك ممنوع.

قال القاضي أبو محمد: وهذا إذا باع الكتابة من غير العبد، فأما إذا باعها من العبد نفسه، فذلك جائز من كل وجه، فينقله من ذهب إلى ورق ومن عرض إلى جنسه أكثر منه وأقل؛ لأنه لم ينقل شيئًا من ذمة إلى ذمة، وإنما ترك ما عامله عليه وعدل عنه، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن أدى المكاتب عتق، وولاؤه للذي عقد الكتابة ثم باعه، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: ولاؤه للمشتري، وبه قال عطاء والنخعي وابن حنبل.

والدليل على ما نقوله، قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»، والذي أعتق هو الذي عقد الكتابة، وذلك لا ينقض إلا بالعجز والبيع لم يتعلق إلا بما عليه دون الولاء.

وما روى أن عائشة اشترت بريرة، وجاءت تستعينها في كتابتها، ثم ثبت الولاء لها، فذلك محمول على أنها عجزت فاشترتها بعد العجز، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الكتابة، وأما بيع الكتابة، فلا يجوز، وبه قال الشافعي في أحد قوليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الزهري وربيعة: إن كان بإذن المكاتب جاز، ولا يجوز مع عدم إذنه.

وقال عيسى عن ابن القاسم: من باع مكاتبه رد إلا أن يعتقه المبتاع، فيمضي، وكذلك إن مات عنده ضمنه، ولا يرجع على البائع بشيء، ولا على البائع أن يجعل شيئًا مما أخذ في رقبته بخلاف المدبر يبيعه ثم يفوت بموت.

والدليل على ما نقوله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته، قال: فإن بقي على الكتابة وانتقل الولاء إلى المشتري بالبيع، فهو بيع الولاء، وإن رق لم يجز استرقاق دون عجز عن الإداء، وذلك لا يجوز بإذن المكاتب ولا بإذن غيره.

قال مالك: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الْمُكَاتَبِ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ كَانَ أَحَقَّ بِاشْتِرَاءِ كِتَابَتِهِ مِمَّنِ اشْتَرَاهَا إِذَا قَوِيَ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى سَيِّدِهِ الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ نَقْدًا، وَذَلِكَ أَنَّ اشْتِرَاءَهُ نَفْسَهُ عَتَاقَةٌ وَأَنَّ الْعَتَاقَةَ تُبَدَّأُ عَلَى مَا كَانَ مَعَهَا مِنَ الْوَصَايَا، وَإِنْ بَاعَ بَعْضُ مَنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ نَصِيبَهُ مِنْهُ، فَبَاعَ نِصْفَ الْمُكَاتَبِ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ سَهْمًا مِنْ أَسْهُمِ الْمُكَاتَبِ، فَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ فِيمَا بِيعَ مِنْهُ شُفْعَةٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْقَطَاعَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُقَاطِعَ بَعْضَ مَنْ كَاتَبَهُ إِلا بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ، وَأَنَّ مَا بِيعَ مِنْهُ لَيْسَتْ لَهُ بِهِ حُرْمَةٌ تَامَّةٌ، وَأَنَّ مَالَهُ مَحْجُورٌ عَنْهُ، وَأَنَّ اشْتِرَاءَهُ بَعْضَهُ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ الْعَجْزُ لِمَا يَذْهَبُ مِنْ مَالِهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاءِ الْمُكَاتَبِ نَفْسَهُ كَامِلا إِلا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَنْ بَقِيَ لَهُ فِيهِ كِتَابَةٌ، فَإِنْ أَذِنُوا لَهُ، كَانَ أَحَقَّ بِمَا بِيعَ مِنْهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب أحق بشراء كتابته إذا اشتراه غيره بمثل ذلك الثمن، وليس ذلك من باب الشفعة، ولكنه من باب ما تعلق به مالك، رحمه الله، من أن العتق مقدم على الملك والمكاتب إذا اشترى كتابته عتق بنفس الشراء، فكان ذلك أولى من اشتراء غيره له، فإن ذلك الشراء ربما أدى إلى تملك واسترقاق.

فأما إن بيعت بعض كتابته، فلا يكون أحق بها؛ لأن شراء بعض كتابته لا يؤدى إلى عتقه. ووجه آخر وهو أن العتق مبنى على التغليب والسراية، فإذا اجتمع التمليك عند ابتدائها كان العتق أولى.

فرع: وهذا يجرى عندى مجرى التمليك، فإن قام بذلك المكاتب عند بيع كتابته كان له ذلك إلى أن يوقف، فيترك ذلك أو يشرع فى أداء النجوم، ولم أر فيه نصًا، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: لا يَحِلُّ بَيْعُ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِ الْمُكَاتَبِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ غَرَرٌ، إِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، بَطَلَ مَا عَلَيْهِ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ، وَعَلَيْهِ دُيُونٌ لِلنَّاسِ، لَمْ يَأْخُذِ الَّذِي اشْتَرَى نَجْمَهُ بِحِصَّتِهِ مَعَ غُرَمَائِهِ شَيْئًا، وَإِنَّمَا الَّذِي يَشْتَرِي نَجْمًا مِنْ نُجُومِ الْمُكَاتَبِ، بِمَنْزِلَةِ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ فَسَيِّدُ الْمُكَاتَبِ لا يُحَاصُّ بِكِتَابَةِ غُلامِهِ غُرَمَاءَ الْمُكَاتَبِ، وَكَذَلِكَ الْخَرَاجُ أَيْضًا يَجْتَمِعُ لَهُ عَلَى غُلامِهِ، فَلا يُحَاصُّ بِمَا اجْتَمَعَ لَهُ مِنَ الْخَرَاجِ غُرَمَاءَ غُلامِهِ.

قال مالك: لا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ بِعَرضٍ أَوْ بِعَيْنٍ أَوْ عَرْضٍ مُخَالِفٍ لِمَا كُوتِبَ بِهِ مِنَ الْعَيْنِ أَوِ الْعَرْضِ أَوْ غَيْرِ مُخَالِفٍ مُعَجَّلٍ أَوْ مُؤَخَّرٍ.

الشرح: قوله: «**لا يحل بيع نجم من نجوم المكاتب**»، يريد نجمًا معينًا لما فيه من الغرر؛ لأنه إن كان النجم الذى باعه أول نجم فقبضه ثم عجز المكاتب، رق جميعه، وبطل حكم ذلك النجم، وإن اشترى الثانى ربما عجز العبد قبله، فلا يدرى ما يصير إليه.

وأما إن اشترى نجمًا غير معين، فإنه يجوز، قاله مالك وابن القاسم وأشهب فى العتبية، قالوا: لأن بيعه نجمًا غير معين يرجع إلى بيع جزء من الكتابة، وذلك جائز على رواية الإجازة، وهى الأظهر من قول أصحابنا. وأما على رواية المنع من بيع الجزء، فيجب أن لا يجوز بيع نجم غير معين، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى الْمُكَاتَبِ يَهْلِكُ، وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدٍ وَأَوْلادًا لَهُ صِغَارًا مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، فَلا يَقْوَوْنَ عَلَى السَّعْى، وَيُخَافُ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ عَنْ كِتَابَتِهِمْ، قَالَ: تُبَاعُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ إِذَا كَانَ فِى ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ جَمِيعُ كِتَابَتِهِمْ، أُمَّهُمْ كَانَتْ أَوْ غَيْرَ أُمِّهِمْ، يُؤَدَّى عَنْهُمْ، وَيَعْتِقُونَ؛ لأَنَّ أَبَاهُمْ كَانَ لا يَمْنَعُ بَيْعَهَا إِذَا خَافَ الْعَجْزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، فَهَؤُلاءِ إِذَا خِيفَ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ بِيعَتْ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ، فَيُؤَدَّى عَنْهُمْ ثَمَنُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِى ثَمَنِهَا مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ، وَلَمْ تَقْوَ هِيَ وَلا هُمْ عَلَى السَّعْىِ رَجَعُوا جَمِيعًا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِمْ.

الشرح: قوله: «**فى المكاتب يهلك ويترك أم ولد، وولدًا له صغارًا له منها، أو من غيرها، فلا يقدرون على السعى، تباع أم الولد إذا كان يتهيأ من ثمنها جميع الكتابة**»، على ما قاله. والمكاتب إذا ترك أم ولد، لا يخلو أن يكون لها ولدًا أو لا يكون لها ولد، فإن لم يكن لها ولد، لم تستسع ولم تعتق، وإن ترك أضعاف الكتابة؛ لأنها لم تنعقد عليها كتابة، فإنما هى بمنزلة مال المكاتب يصير إلى السيد بموته.

مسألة: فإن كان معها ولد صغير منها أو من غيرها، يخاف عليهم العجز لضعفهم عن السعى بيعت أم الولد.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنها بمنزلة مال أبيهم، فلذلك لم يثبت لها حكم الكتابة، فتعتق بالأداء، وإنما أثبت لها حكم المال، ولذلك يجوز للمكاتب أن يبيعها إذا خاف

العجز، وذلك يقتضى أن يؤدى منها الكتابة، فيعتق بذلك من ثبت له حكم الكتابة به، وشارك فيها من عقدها، والله أعلم.

مسألة: ولو ترك المكاتب مالاً تؤدى منه الكتابة، عتق جميعهم. وروى سحنون عن ابن القاسم فى العتبية: لا يرجع عليها ولد المكاتب بشىء، وإن لم تكن أمهم.

ووجه ذلك أن أم الولد لا تباع لغير ضرورة، وإنما تباع للضرورة، وخوف العجز، وإذا انتفى ذلك بإمكان الأداء، فلابد أن يعتق.

وإنما تعتق على المكاتب، فلا يرجع عليها بشىء مما عتقت به؛ لأن المكاتب إذا عتقت عليه أم ولده لم يرجع عليها بشىء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن مات المكاتب عن أم ولد وأب وأخ فى الكتابة، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: هى رقيق للأب، وإن ترك وفاء بالكتابة. وقال أشهب: إن ترك وفاء عتقت مع الأب والأخ، وإن لم يترك وفاء رقت ولا تعتق فى سعيها بعد ذلك ولا تسعى هى إلا مع الولد.

فصل: وقوله: «**فإذا لم يكن فى ثمنها ما يؤدى عنهم ولم تقو هى ولا هم على السعى، رجعوا رقيقًا لسيدهم**»، يريد أن ولد المكاتب يرقون إذا لم يمكنهم الأداء بما يخلفه أبوهم ولا بسعيهم، يريد أنه ليس فى ثمنها ما يؤدى عنهم حتى يبلغ السعى.

وأما إن كان فى ثمنهم ما يؤدى عنهم حتى يبلغوا السعى، ففى الموازية عن عيسى: تباع ويؤدى عنهم من ثمنها نجومهم حتى يبلغوا السعى، فإن أدوا عتقوا، وإن عجزوا رقوا.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا تباع لهم إلا أن يكون فى ثمنها إن بيعت ما يعتقون به.

وجه القول الأول أنها مال للمكاتب، فجاز أن تباع فى الأداء عن بنيه كما لو كان فى ثمنها ما يعتقون به؛ ولأن كل ما يباع فى أداء جميع ما عليهم بيعت فى أداء بعض ما عليهم كسائر أمواله ورقيقه.

ووجه القول الثانى أن هذه يلحقها العتق وتعتق مع الولد، فلا تباع مع السلامة كسائر من انعقد له الكتابة.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَبْتَاعُ كِتَابَةَ الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ

أَنْ يُؤَدِّىَ كِتَابَتَهُ أَنَّـهُ يَرِثُـهُ الَّـذِى اشْتَرَى كِتَابَتَـهُ، وَإِنْ عَجَـزَ، فَلَـهُ رَقَبَتُـهُ، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ إِلَى الَّذِى اشْتَرَاهَا، وَعَتَقَ، فَوَلاؤُهُ لِلَّذِى عَقَـدَ كِتَابَتَـهُ، لَيْـسَ لِلَّـذِى اشْتَرَى كِتَابَتَهُ مِنْ وَلائِهِ شَىْءٌ.

الشرح: قوله: «**فيمن اشترى كتابة المكاتب ثم مات أنه يرث**»، يريد أنـه أحـق بمالـه ليس على وجه الميراث؛ لأن الرق ينافى التـوارث، ولكـن بمعنـى اسـتحقاق السـيد مـال عبده، ولو عجز المكاتب لكانت رقبته لمن اشتراه؛ لأنه لا خـلاف أنـه يسـترق بـالعجز، ولا يجوز أن يسترقه بائع الكتابة؛ لأنه لا يجتمع له الثمن ورقبة العبد.

فصل: وقوله: «**وإن أدى المكاتب كتابة إلى الذى اشتراه وعتـق فـولاؤه للـذى عقـد الكتابة**»، خلافًا للشافعى فى قوله: الولاء للمشترى، وبه قال ابن حنبل والنخعى.

ومعنى ذلك أن المكاتب إنما عتق بالعتق الذى تضمنه عقد الكتابة، وقـد ثبـت الـولاء لمن أعتقه لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «وإنما الولاء لمن أعتق».

وأما ما ورى عن النبى ﷺ: «وإنمـا الـولاء لمـن أعطـى الـورق» وأن ذلـك فـى قصـة بعينها كان فيها المعتق هو الـذى أعطـى الـورق، ويحتمـل أن يخـرج علـى الغـالب، فـإن غالب الحال أن المعتق هو معطى الورق.

وأما من يشترى الكتابة وتتأدى إليه، فقليل نادر، فكان ذلك على سـبيل التفريـق، لا على سبيل التعليق، وكان قوله: «إنما الـولاء لمـن أعتـق» علـى وجـه التعليـل فيـه بتعليـق الحكم، فعلى هذا أن المشترى للكتابة إنما يشـترى مـا علـى المكـاتب مـن الكتابـة، وإنمـا يسترق العبد لعجزه عن أداء ما اشترى.

فلو ابتدأ أعتقه بعد عجزه واسترقاقه لبطل حكم ما تقدم من الكتابـة، وكـان ولاؤه بالعتق الثانى للمشترى، والله أعلم وأحكم.

* * *

سعى المكاتب

١٤٩٤ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلا عَـنْ رَجُـلٍ كَاتَبَ عَلَى نَفْسِهِ، وَعَلَى بَنِيهِ، ثُمَّ مَاتَ، هَلْ يَسْعَى بَنُو الْمُكَاتَبِ فِى كِتَابَةِ أَبِيهِمْ أَمْ

١٤٩٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٩.

هُمْ عَبِيدٌ؟ فَقَالا: بَلْ يَسْعَوْنَ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ، وَلا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَبِيهِمْ شَيْءٌ.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا لا يُطِيقُونَ السَّعْيَ، لَمْ يُنْتَظَرْ بِهِمْ أَنْ يَكْبَرُوا، وَكَانُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِ أَبِيهِمْ إِلا أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ تَرَكَ مَا يُؤَدَّى بِهِ عَنْهُمْ نُجُومُهُمْ إِلَى أَنْ يَتَكَلَّفُوا السَّعْيَ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ مَا يُؤَدَّى عَنْهُمْ أُدِّيَ ذَلِكَ عَنْهُمْ، وَتُرِكُوا عَلَى حَالِهِمْ حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ، فَإِنْ أَدَّوْا عَتَقُوا، وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا.

الشرح: قوله: «**في المكاتب يموت وله بنون أنه لا يحط عنهم شيء من الكتابة التى لزمت أباهم ويسعون في أداء ذلك كله**»، يقتضى أن الكتابة على حكم الحمالة، يحملها المكاتبون بعضهم عن بعض، فمن ثبت له حكم الكتابة، ثبت له وعليه حكم الحمالة، فلا يعتق أحد من شركائه في الكتابة إلا بعتقه، ويؤدى عمن عجز من أهل الكتابة ما عجز عنه لموت أو عجز عن سعاية.

فمن مات من أهل الكتابة أدى عنهم ما كان ينوبه من الكتابة من شركه فيها، ولو استحق أحد المكاتبين بحرية سقط عن الباقين بقدر ما ينوبه من الكتابة.

والفرق بينه وبين من يموت، أن من مات قد لزمته الكتابة وتعلقت به تعلق حقيقة، وأما المستحق بحرية، فلم يكن شيء من ذلك لازمًا له، ولا متعلقًا به، فلم يضمن سائر من كان معه في الكتابة ما ينوبه منها؛ لأنه لم يلزمه شيء منه بعقد الكتابة.

فصل: وقوله: «**وإن كانوا صغارًا لا يطيقون السعي لم ينتظر بهم أن يكبروا**»، يريد إذا لم يترك أبوهم ما يؤدى به الكتابة أو يؤدى به نجومها إلى أن يبلغوا السعي، فإن ترك ما يؤدى عنهم إلى أن يبلغوا السعي أدى عنهم، وانتظر بهم ذلك، فإن أدوا بسعيهم عتقوا، وإن عجزوا رقوا.

ووجه ذلك أن المكاتب المتوفى كان أيضًا ضامنًا له ما على بنيه وغيرهم من الكتابة بحق مشاركته لهم فيها، فإذا ترك ما يؤدى عنهم وعجزوا هم، كان ذلك في ماله الذى تركه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ، وَيَتْرُكُ مَالا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءُ الْكِتَابَةِ، وَيَتْرُكُ وَلَدًا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَأُمَّ وَلَدٍ، فَأَرَادَتْ أُمُّ وَلَدِهِ أَنْ تَسْعَى عَلَيْهِمْ: إِنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمَالُ إِذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً عَلَى ذَلِكَ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ، وَلا

مَأْمُونَةً عَلَى الْمَالِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَرَجَعَتْ هِيَ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبِ رَقِيقًا لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ.

الشرح: ومعنى ذلك أن أم ولد المكاتب إذا مات عنها وعن ولد منها أو من غيرها، فأرادات السعى عليهم، فذلك لهم ويسعون بسعيها؛ لأن ولده بمنزلته، قد باشرته الكتابة كما باشرته، وأم الولد لها حكم المال، فإن أمكن الأداء عنهم بسعيها، فهى بمنزلة غلة مال المكاتب، يتأدى منها نجومهم.

وإذا لم يخلف المكاتب ولدًا، فلا سبيل لها إلى السعى، ولا إلى العتق، ولو ترك المكاتب مالاً كثيرًا أو لم يترك من يقوم بالكتابة ممن هو من أهلها، فجميع المال لسيده، وأم الولد من ماله فتعود إلى رق سيده مع سائر ماله، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وإن لم تكن قوية على السعى ولا مأمونة على المال، لم تعط شيئًا من ذلك، ورجعت هى وولدها المكاتب رقيقًا**»، يريد أنها إذا لم يكن فى سعيها ما يتأدى منه النجوم أو كانت قوية على السعى ولم تكن مأمونة عليه، ولم يكن فى المال ما تتأدى منه الكتابة أو يتأدى من نجومها ما يبلغون به السعى دفع المال كله إلى السيد ورق وأم الولد.

ولو كان فيه وفاء نجومهم إلى أن يبلغوا السعى مع عجزهم وعجز أم الولد عن ذلك دفع المال إلى السيد فحسب فى أول نجومهم، ثم إذا بلغوا السعى أدوا بسعيهم أو رقوا لعجزهم.

مسألة: ولو مات المكاتب عن أم ولده، وقد كوتب معه غيره ممن ليس بولد له، فأدوا الكتابة، ففى الموازية من رواية يحيى بن يحيى عن مالك: لا تعتق أم ولد المكاتب فى كتابته بعد موته إلا مع ولده أو ولد ولده.

قال عيسى: كان منها أو من غيرها، ممن معه فى الكتابة، وأما بيع غيرهم من ولد وأخ، فلا تعتق بعتقهم. وقاله عيسى.

ومعنى ذلك أن الولد بعض المكاتب، فكان لأم ولد أبيهم معهم حكمها مع أبيهم، ولما كانت تعتق بعتق المكاتب، وإن كانت مالاً له، فكذلك مع ولده، وأما من ليس بولد، فإنه لا يعتق عليه على الكتابة، والله أعلم وأحكم.

قال عيسى: ولكن هى من مال الميت، فتباع ويستعينون بثمنها إن أرادوا ذلك،

ويتبعهم السيد بثمنها إن عتقوا، وإن استغنوا عنها وعتقوا، رقت للسيد؛ لأن مال المكاتب عائد إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا كاتب المكاتب على نفسه وعلى أم ولده لم يجز له أن يطأها؛ لأنه حين كاتب عليها كأنها قد خرجت عن ملكه، وصارت لسيده، فإن مات المكاتب كان لها أن تسعى، وإن لم يمت وأديا، فعتقا، لم يكن له عليها سبيل إلا بنكاح جديد، وإن رضيت به، وولاؤها لسيدها المكاتب. قال عيسى: قاله لى ابن القاسم، وبلغنى عن ابن كنانة.

قال مالك: إِذَا كَاتَبَ الْقَوْمُ جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً، وَلا رَحِمَ بَيْنَهُمْ، فَعَجَزَ بَعْضُهُمْ وَسَعَى بَعْضُهُمْ حَتَّى عَتَقُوا جَمِيعًا، فَإِنَّ الَّذِينَ سَعَوْا يَرْجِعُونَ عَلَى الَّذِينَ عَجَزُوا بِحِصَّةِ مَا أَدَّوْا عَنْهُمْ؛ لأَنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلاءُ عَنْ بَعْضٍ.

الشرح: يريد أنهم مع إطلاق العقد يكون بعضهم حملاء عن بعض؛ لأن ذلك مقتضى جمعهم فى كتابة واحدة، فإن أدى بعضهم الكتابة دون بعض، فلا يخلو أن يكونوا أقارب أو أجانب، فإن كانوا أجانب رجع بعضهم إلى بعض بما أدوا عنهم.

وقد اختلف أصحابنا فى صفة التراجع، قال مالك فى الموازية: يرجع على من أدى عنه بقدر ما يقع عليه على حسب قوته وسعيه. وقال ابن القاسم: وجدته. وقال أشهب: على قدر قوته على الكتابة، وهو على نحو قول مالك وابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: التراجع على العدد. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: على قدر قيمتهم.

وجه قول مالك أن الذى ينتفع به فى الكتابة القوة على الأداء، فوجب أن يكون ما يؤدونه يتقسط بحسب ذلك. وقال عيسى فى المزنية: وربما كانت الجارية ثمن مائة دينار، ولا قوة لها على الأداء، ويكون العبد الحقير ثمن عشرين دينارًا، وهو فى الكسب له بال.

ووجه رواية ابن المواز عن ابن الماجشون أن الاعتبار بالعدد، ولو اعتبر بالقوة على الأداء لما صحت كتابة الصغير والشيخ الفانى معهم؛ لأنهم لا أداء فيهم، فكان ما يؤدى عنهم زيادة أو سلف.

ووجه رواية ابن حبيب عن ابن الماجشون أن السيد إنما بذل رقابهم، فيجب أن يكون العوض يتقسط على قدر قيمتهما.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الاعتبار فى ذلك عند مالك وابن القاسم بيوم العقد، فينظر إلى حالهم يوم العقد. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الاعتبار بقيمتهم يوم عتقوا، ليس يوم كوتبوا.

وقال أصبغ: يعتبر حالهم يوم عتقوا، أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا، يريد أن الاعتبار بالسوق وغلاء الأثمان يوم العقد، والاعتبار بصفاتهم يوم العتق.

ووجه قول مالك أن العقد إنما اعتبر فيه حال يوم العقد، فيجب أن يكون ذلك المعتبر بهم من حالهم فى التقسيط.

فأما ما حدث بعد ذلك، فلم ينعقد العقد عليه. وقد قال أصبغ فى الموازية: إن كان فيهم يوم عقد الكتابة من لا سعاية له من صغيرًا أو شيخ، فلا شىء عليه.

ووجه ذلك ما قدمناه من اعتبارهم يوم العقد. ووجه قول مطرف وابن الماجشون أن عقد الكتابة لا يتم إلا بنفس العقد، فإن العجز ينقصه، وإنما يتم بالأداء، وبه يصح العتق، فيجب أن يكون الاعتبار بذلك اليوم دون يوم عقد الكتابة، يدل على ذلك أنهم لو عجزوا لرجعوا إليه على حالهم ذلك اليوم للسيد الزيادة والنقص دون تراجع.

ووجه قول أصبغ أن صفاتهم تعتبر بحال يوم الأداء؛ لأنه وقت نفوذ العقد على السواء يوم العقد؛ لأن ذلك كان المعتبر فى زيادة الكتابة ونقصها، والله أعلم.

مسألة: وإن كان فيهم صغير، فبلغ السعى قبل الأداء، ففى الموازية عن أشهب: عليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله. قال محمد: يريد بحاله يوم الحكم، أن لو كان هكذا يوم الكتابة بالغًا.

وقال أصبغ: عليه بقدر طاقته يوم بلغ السعى، أن لو كان بهذه الحال يوم الكتابة، وقال فى باب آخر: لا شىء على الصغير والشيخ الفانى يوم العقد.

فصل: وقوله: **«فإن الذين سعوا فى الكتابة، يرجعون على الذين عجزوا بحصة ما أدوا عنهم»**، لم يختلف بأن الأجانب يرجع بعضهم على بعض، فأما الأقارب، فلم يختلف فى الأولاد والإخوة أنه لا يرجع بعضهم على بعض. روى ذلك عن مالك فى الموازية.

قال ابن القاسم: والذى يصح عندى أنه لا يرجع على من يعتق عليه إذا ملكه. وقاله عبدالملك وابن عبدالحكم. وروى عن مالك: إذا كانت بينهم قرابة يتوارثون بها، فلا

تراجع بينهم. وقال أشهب: لا يرجع على ذى رحم، وإن كان لا يعتق عليه ولا يرثه.

ووجه قول ابن القاسم، أن الأداء عنه بمنزلة اشتراء الكتابة، فلا يرجع عليه؛ لأنه بذلك يعتق عليه. ووجه قول مالك، اعتبار التوارث.

مسألة: فأما الزوجة، فروى ابن القاسم عن مالك: لا يرجع عليها. قال ابن القاسم: هذا استحسان، وليس بالقوى.

ووجه قول مالك أنها توارثه كالابن. ووجه قول ابن القاسم أنها لا تناسبه كالأجنبى، ولأن توارثهما ليس سببه ثابتًا؛ لأنه يبطل بالطلاق بخلاف الأقارب، والله أعلم. وقال ابن مزين: والزوج كذلك إن أعتق بسعاية المرأة ومالها لم ترجع عليه بشىء، فإن مات لم ترثه، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يؤدى عنهم نجمًا لا يتم به عتقهم أو ما يتم به عتقهم، فإن أدى عنهم ما لا يتم به عتقهم، ففى الموازية وغيرها: لا يرجع عليهم الآن؛ لأنه إنما أدى عنهم ليعينهم على السعاية فى المستقبل، فليس له أن يشغلهم بطلب ما أدى عنهم حتى يتم الأداء.

وأما من أدى ما يتم به عتقهم، ففى الموازية: يرجع عليهم معجلاً، قال محمد: يريد يؤدى عنهم على النجوم ولم يعجلها. وأما إذا عجل أحدهم الأداء قبل أن تحل النجوم، فإنما يرجع عليهم على النجوم.

ووجه ذلك أنه تبرع بالتعجيل، فليس له أن يلزمهم ذلك، ويحاص الذى أدى عن أصحابه الغرماء بما أدى عنهم. قال فى الموازية: لأن ذلك لما أدى عنهم وعتقوا به صار دينًا ثابتًا عليهم، والله أعلم وأحكم.

* * *

عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله

١٤٩٥ – مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِى عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَغَيْرَهُ يَذْكُرُونَ أَنَّ مُكَاتَبًا كَانَ لِلْفُرَافِصَةِ بْنِ عُمَيْرٍ الْحَنَفِىِّ، وَأَنَّهُ عَرَضَ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، فَأَبَى الْفُرَافِصَةُ، فَأَتَى الْمُكَاتَبُ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَذَكَرَ

١٤٩٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥١٠.

ذَلِكَ لَهُ، فَدَعَا مَرْوَانُ الْفُرَافِصَةَ، فَقَالَ لَهُ ذَلِكَ فَأَبَى، فَأَمَرَ مَرْوَانُ بِذَلِكَ الْمَالِ أَنْ يُقْبَضَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، فَيُوضَعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَقَالَ لِلْمُكَاتَبِ: اذْهَبْ: فَقَدْ عَتَقْتَ، فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ الْفُرَافِصَةُ قَبَضَ الْمَالَ.

قَالَ مَالِك: فَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ قَبْلَ مَحِلِّهَا جَازَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَضَعُ عَنِ الْمُكَاتَبِ بِذَلِكَ كُلَّ شَرْطٍ أَوْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ؛ لأَنَّهُ لا تَتِمُّ عَتَاقَةُ رَجُلٍ، وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ رِقٍّ، وَلا تَتِمُّ حُرْمَتُهُ، وَلا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَلا يَجِبُ مِيرَاثُهُ، وَلا أَشْبَاهُ هَذَا مِنْ أَمْرِهِ، وَلا يَنْبَغِي لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً بَعْدَ عَتَاقَتِهِ.

الشرح: امتناع الفرافصة من قبض كتابة مكاتبه قبل محل نجومها، يحتمل أن يكون كاتبه على عروض مؤجلة، فلذلك امتنع من أخذها لما جوز أنها أكثر قيمة عند محل نجومها.

وقد قال القاضي أبو محمد وغيره: إذا عجل المكاتب كتابته، لم يكن للسيد الامتناع من أخذها؛ لأن الأجل حق للمكاتب ورفق به، فإذا رضي إسقاطه كان ذلك له. قال الشيخ أبو القاسم: ليس للسيد الامتناع من قبضها.

وقد قال مالك في الموازية: إذا عجل المكاتب ما عليه من الضحايا عتق، إن كره السيد، وعليه قيمتها على أنها قد حلت لا قيمتها إلى محلها.

فصل: ولما امتنع الفرافصة من قبض ذلك كان لمروان جبره على قبضه إلا أنه رأى تعجيل عتق المكاتب، ووضع الكتابة في بيت المال؛ لأنه يؤمن عدم الأداء فيه، ومثل هذا يجوز فعله إذا رآه الإمام؛ لأنه يقوم مقام الجزء المقصود بتعجيل الأداء، وهو إنفاذ العتق، ولذلك جاز للمكاتب تعجيل ما عليه من الكتابة، وإن كانت عروضًا لما في ذلك من تعجيل العتق؛ ولأنه ليس بدين ثابت.

فصل: وقوله: «**وذلك أنه يضع عن المكاتب بالأداء كل شرط أو خدمة أو سفر**»، ووجه ذلك ما احتج به من أنه لا تتم عتاقته إن بقي عليه شيء من أسباب الرق، وما شرط عليه من سفر أو خدمة، فذلك كله من أسباب الرق، يمنع قبول شهادته، وتمام حرمته، وموارثة الأحرار.

قال القاضى أبو محمد: وفى ذلك روايتان، إحداهما: التى تقدمت، وهى رواية ابن المواز عن مالك، وهى فى العتبية رواية أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أن ما شرط من ذلك تابع للكتابة، فإذا عجلت سقط ما يتبعها. ووجه الرواية الثانية، وهى ثبوت ذلك عليه أنه بعض العوض فى عتق الرقبة، فلم تسقط كالكتابة نفسها.

قال: فإذا قلنا لا تسقط، فيتخرج ما يلزمه على روايتين، إحداهما: أنه يؤديه بعينه. قال الشيخ أبو القاسم: ولا يعتق إلا بأدائه، والأخرى يؤدى قيمة ذلك. قال الشيخ أبو القاسم: مع كتابته معجلاً ولا يؤخره، وهذه رواية أشهب عن مالك.

وقال محمد: ليس هذا بشىء، وقد رجع عنه مالك وجميع أصحابه على أنه لا يحل به عوضًا. وقال أحمد بن ميسر: القياس رواية أشهب.

مسألة: وأما ما كان من كسوة وضحايا، فإنه يغرم قيمة ذلك معجلاً، هذا الذى روى عن مالك، ولو قال قائل إن عليه تعجيل اليمين على ما ثبت لها من الصفة بموصوف أو إطلاق لما بعد، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى مُكَاتَبٍ مَرِضَ مَرَضًا شَدِيدًا، فَأَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ نُجُومَهُ كُلَّهَا إِلَى سَيِّدِهِ لأَنْ يَرِثَهُ وَرَثَةٌ لَهُ أَحْرَارٌ، وَلَيْسَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَلَدٌ لَهُ.

قال مالك: ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ؛ لأَنَّهُ تَتِمُّ بِذَلِكَ حُرْمَتُهُ، وَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَجُوزُ اعْتِرَافُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ دُيُونِ النَّاسِ، وَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ فَرَّ مِنِّى بِمَالِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن حال المرض فى ذلك كحال الصحة إذا أراد أن يدفع كتابته ويعجلها حال مرضه، جاز له ذلك ولزم السيد قبضها منه، ويتم عتقه بأدائها حال مرضه كما يتم عتقه بأدائها حال صحته، فتجوز بذلك شهادته ويوارث الأحرار، وذلك إذا عقد كتابته فى الصحة، وثبت دفعه ببينة تشهد بذلك.

وأما إن لم يثبت ذلك إلا بإقرار السيد فى مرضه، فقبضها منه، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: إن حمله الثلث جاز وعتق، اتهم أو لم يتهم.

ووجه ذلك أن عقد الكتابة وقع فى الصحة، فثبت له حكم الصحة. وأما الإقرار

بقبض المال، فكان فى المرض، فيحمل الوصية إن حمله الثلث جاز إقراره، وإن اتهم بالميل إليه.

وأما إن لم يحمل الثلث، وكان للسيد ولد لم يتهم، وجاز قوله، وإن لم يكن له ولد لم يصدق إلا ببينة، قاله ابن القاسم فى الموازية. وقال أشهب: إن لم يتهم السيد بانقطاع المكاتب إليه جاز قوله.

ووجه قول ابن القاسم أنه إذا لم يحمله الثلث لم يتهم على أن يحابيه، ويعدل بالمال عن ابنه؛ لأن ذلك خلاف ما استقرت عليه العادة، وإن لم يكن له ولد، اتهم أن يكون أراد الوصية بأكثر من الثلث.

ووجه قول أشهب أنه إذا لم يكن له إليه ميل بعدت التهمة؛ لأنه أجنبى فى الحقيقة.

مسألة: ومن كاتب عبده فى مرضه، وقبض الكتابة، فذلك نافذ، إن حمله الثلث وهو بيع، قاله ابن القاسم. وقال أشهب: ليس كالبيع؛ إذ لا يجوز حتى يحمله الثلث.

ومعنى اختلافهم فى كونه بيعًا أنه إذا كان بيعًا نفذ، إلا أن يحمله الثلث، وإن قلنا إنه عتق لم ينفذ إلا أن يكون للسيد أموال مأمونة كالمعتق فى المرض وإلا لم يعتق، حتى يموت السيد ويحمله الثلث، وإن لم يحمله خير الورثة فى عتقه أو يردوا إليه ما قبضه السيد، ويعتق منه ما حمل الثلث بتلا.

* * *

ميراث المكاتب إذا عتق

١٤٩٦ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنْ مُكَاتَبٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَمَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالا كَثِيرًا، فَقَالَ: يُؤَدَّى إِلَى الَّذِى تَمَاسَكَ بِكِتَابَتِهِ الَّذِى بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بِالسَّوِيَّةِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ فَعَتَقَ، فَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَنْ كَاتَبَهُ مِنَ الرِّجَالِ يَوْمَ تُوُفِّيَ الْمُكَاتَبُ مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَيْضًا فِى كُلِّ مَنْ أُعْتِقَ، فَإِنَّمَا مِيرَاثُهُ لأَقْرَبِ النَّاسِ مِمَّنْ أَعْتَقَهُ

١٤٩٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥١١.

مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ مِنَ الرِّجَالِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُعْتَقُ بَعْدَ أَنْ يَعْتِقَ وَيَصِيرَ مَوْرُوثًا بِالْوَلاءِ.

الشرح: قوله: **«فى مكاتب بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه فمات المكاتب، فإن الذى تماسك بنصيبه يأخذ من مال المكاتب ما بقى لـه ثـم يقتسمان ما بقى»**، يقتضى أن المكاتب إذا عجل أحد سيديه عتقه لم يقوم عليه، خلافًا للشافعى فى قوله: يقوم عليه.

والدليل على ما نقوله أنهما قد عقدا عقد العتق فى حال، وهو وقت الكتابة، فما أتى به بعد هذا، أحدهما من عتق نصيبه، فليس بعتق، وإنما هو إسقاط لما كان له عليه من الكتابة، قاله فى الموازية ابن القاسم كما لو عتقا جميعًا إلى أجل، ثم عجل أحدهما عتق نصيبه؛ ولأنه لا يجوز نقل ما انعقد لشريكه ما ثبت له من الولاء بالتقويم، قاله ابن حبيب.

مسألة: ولو أعتق بعض مكاتبه، فقد روى سحنون عن مالك أنه وضيعة إلا أن يريد العتق، فهو حر كله. وأما إن أوصى أن يعتق شقصًا من مكاتب له أو بينه وبين آخر أو أعتقه عند موته، أو وضع له من مكاتبته، ففى الموازية أنه عتق، قال: لأنه ينفذ من ثلثه، يريد أن ذلك نافذ من الثلث على كل حال، وإن عجز العبد بعد ذلك. وأما إذا وضع عنه بعض كتابته ثم عجز عن الباقى، فإنه يسترق جميعه.

فصل: وقوله: **«فى مكاتب المكاتب يعتق، فإنه يرث أولى الناس بمن كاتبه من الرجال يوم يموت»**، يريد أن مكاتب المكاتب يعتق، فإنه أولى الناس يعتق بالأداء، فإذا بقى سيده، وهو المكاتب الأعلى على حكم الرق؛ لأنه لم يؤد بعد لم يرثه؛ لأن الرق يمنع الميراث، فإنما يرثه أقرب الناس إلى المكاتب.

قال مالك: الإِخْوَةُ فِى الْكِتَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ إِذَا كُوتِبُوا جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً إِذَا لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ وَلَدٌ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ أَوْ وُلِدُوا فِى كِتَابَتِهِ أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُهُمْ، وَتَرَكَ مَالا، أُدِّىَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ كِتَابَتِهِمْ، وَعَتَقُوا، وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ بَعْدَ ذَلِكَ لِوَلَدِهِ دُونَ إِخْوَتِهِ.

الشرح: قوله: **«إن الإخوة فى الكتابة بمنزلة الولد»**، يريد إذا كوتبوا جميعًا كتابة واحدة، فمات أحد الإخوة عن مال وولد معه فى كتابته، فإن جميعهم يستوى فى ذلك

المال الإخوة والولد وما فضل منه، فهو لولده دون إخوته. قال عيسى: لا يرجع على الإخوة بشيء مما عتقوا به، في قول مالك.

ووجه ذلك أن المال لأخيهم، وهم ممن يعتق عليه، ولا يرجع عليه بما أدى عنهم، وإنما يرجع بما فضل من المال إلى الولد. قال مالك في المدنية: وكذلك لو لم يكن له ولد لأدى إخوته ماله عن أنفسهم، فيعتقوا به، ولم يتبعهم السيد بشيء منه، فجعل مالك المال للهالك.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: المال للولد ويرجعون على أعمامهم بما أدوا عنهم، فيعتقوا به، ولو لم يكن معهم ولد لعتقوا به، ورجع عليهم السيد بما عتقوا به.

قال في المدنية أصبغ: إذا كانت التأدية من مال الميت لم يرجع على إخوته بشيء، وإن كانت التأدية من مال الولد رجعوا على أعمامهم؛ لأنهم لا يعتقون عليهم.

* * *

الشرط في المكاتب

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ سَفَرًا أَوْ خِدْمَةً أَوْ أُضْحِيَّةً إِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ سَمَّى بِاسْمِهِ، ثُمَّ قَوِيَ الْمُكَاتَبُ عَلَى أَدَاءِ نُجُومِهِ كُلِّهَا قَبْلَ مَحِلِّهَا، قَالَ: إِذَا أَدَّى نُجُومَهُ كُلَّهَا، وَعَلَيْهِ هَذَا الشَّرْطُ عَتَقَ، فَتَمَّتْ حُرْمَتُهُ، وَنُظِرَ إِلَى مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعَالِجُهُ هُوَ بِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ مَوْضُوعٌ عَنْهُ، لَيْسَ لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ مِنْ ضَحِيَّةٍ أَوْ كِسْوَةٍ أَوْ شَيْءٍ يُؤَدِّيهِ، فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ يُقَوَّمُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيَدْفَعُهُ مَعَ نُجُومِهِ وَلا يَعْتِقُ حَتَّى يَدْفَعَ ذَلِكَ مَعَ نُجُومِهِ.

الشرح: هذا على ما ذكر، وقد تقدم ذكره من أن العمل المشترط في الكتابة يثبت منه ما كان من قبل أداء الكتابة، وأما ما تعجلت الكتابة قبله، فإنه يفوت على أحد القولين بالحرية، سواء عظم قدره أو صغر.

وذلك أنه على هذا القول ليس بمال ولا مقصود في الكتابة، وهذا يقتضي أنه ليس بعتق معلق بصفة، وإنما يجرى مجرى البيع للرقبة بشرط العتق، وهو مقتضى قول ابن القاسم، فقد سئل عن رجل، قال لغلامه: كاتبتك على أن أعطيك عشر بقرات، فإن بلغت خمسين، فأنت حر، هذه كتابتك.

قال ابن القاسم: ليست هذه عندى كتابة، وليس للسيد فسخ ذلك، ولا بيع البقر إلا أن يرهقه دين، ويختص بأن المنافع بملك المكاتب إسقاطها عن نفسه بدفع الكتابة، ولذلك جاز له أن يعجل ما عليه من العروض المؤجلة.

وإن كان للسيد منفعة فى تأخيرها إلى الأجل مضمونة عليه، فالأعمال المشترطة عليه بمنزلة الضمان للعروض إلى أجل، فكما جاز له أن يسقط عن نفسه الضمان بتعجيل الأداء للعروض، وإن لم يجز ذلك فى البيع المحض، فكذلك يجوز له أن يسقط عن نفسه العمل بتأجيل الأداء.

وإذا قلنا إنه من العتق المعلق بشرط لم ينفذ عتقه إلا بالإتيان بكل ما شرط عليه من العمل، وعلى هذا ينتظم القول الثانى أن عليه أن يأتى بما شرط عليه من العمل كما عليه أن يأتى بما شرط عليه من المال.

ولم يختلف قول مالك وأصحابه أن ما شرط عليه من مال هو كالضحايا والكسوة، فإن عليه الإتيان به، وهو بمنزلة أن يكاتبه بعين وعوض، فعليه أن يأتى بهما وبذلك تتم عتاقته، وبالله التوفيق.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدٍ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ بَعْدَ خِدْمَةِ عَشْرِ سِنِينَ، فَإِذَا هَلَكَ سَيِّدُهُ الَّذِى أَعْتَقَهُ قَبْلَ عَشْرِ سِنِينَ، فَإِنَّ مَا بَقِىَ مِنْ خِدْمَتِهِ لِوَرَثَتِهِ، وَكَانَ وَلاؤُهُ لِلَّذِى عَقَدَ عِتْقَهُ وَلِوَلَدِهِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الْعَصَبَةِ.

الشرح وهذا على ما قال أن العبد إذا كاتبه سيده ثم مات، ورثه ورثته، فإنه يؤدى إليهم ما كاتبه عليه سيده، وبذلك يعتق، وولاؤه لمن عقد كتابته، وذلك مثل ما تقدم من امرأة تركت مكاتبًا وزوجًا وأبًا، فإن المكاتب يؤدى للزوج والابن على قدر مواريثهم.

فإن عتق لم يجز الولاء إلا الابن خاصة، وإن عجز رجع رقيقًا للابن والزوج على حسب مواريثهم بمنزلة من أعتق بشرط خدمة عشر سنين، ثم يموت السيد، فإن الخدمة لجميع ورثته من زوج أو بنت وابن وغيرهم، وولاؤه لمن يجز إليه الولاء عن معتق الذى أعتقه.

فقد أشار فى هذه المسألة إلى أنه بمنزلة عتق معلق بصفة، وذلك يقتضى لزوم الخدمة له كما يلزمه فى العتق المعلق بصفة، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِطُ عَلَى مُكَاتَبِهِ أَنَّكَ لا تُسَافِرُ وَلا تَنْكِحُ وَلا تَخْرُجُ مِنْ أَرْضِى إِلا بِإِذْنِى، فَإِنْ فَعَلْتَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِى، فَمَحْوُ كِتَابَتِكَ بِيَدِى.

قال مالك: لَيْسَ مَحْوُ كِتَابَتِهِ بِيَدِهِ إِنْ فَعَلَ الْمُكَاتَبُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ وَلْيَرْفَعْ سَيِّدُهُ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ وَلا يُسَافِرَ وَلا يَخْرُجَ مِنْ أَرْضِ سَيِّدِهِ إِلا بِإِذْنِهِ اشْتَرَطَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ، وَلَهُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَيَنْطَلِقُ، فَيَنْكِحُ الْمَرْأَةَ، فَيُصْدِقُهَا الصَّدَاقَ الَّذِى يُجْحِفُ بِمَالِهِ، وَيَكُونُ فِيهِ عَجْزُهُ، فَيَرْجِعُ إِلَى سَيِّدِهِ عَبْدًا لا مَالَ لَهُ أَوْ يُسَافِرُ، فَتَحِلُّ نُجُومُهُ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَلا عَلَى ذَلِكَ كَاتَبَهُ، وَذَلِكَ بِيَدِ سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ مَنَعَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال من شرط على مكاتبه إن فعل فعلاً، فللسيد محو كتابته، فإن هذا الشرط غير لازم، وليس للسيد محو كتابته، ولا تأثير لهذا الشرط فى الكتابة؛ لأنه يبطل وتصح الكتابة؛ لأنه ضد مقتضى الكتابة.

وذلك أن مقتضاها اللزوم، فإذا شرط فيها ضد ذلك من الخيار للسيد أو لغيره، لم يصح الشرط وتثبت الكتابة على مقتضاها، لما تضمنته من العتق المبنى على التغليب والسراية، وهذا كما يقول أن من عقد كتابة مكاتب وشرط الولاء لغيره، ثبتت الكتابة ويبطل الشرط، لما كان ضد مقتضى الكتابة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: **«وليرفع ذلك إلى السلطان»**، يريد أن العبد إذا خالفه فيما شرط عليه لم يكن له فسخ كتابته، وإنما يرفع إلى السلطان، فينظر فى ذلك، فإن كان مما له المنع منه منعه، وإن كان مما ليس له منعه أباحه له، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«وليس للمكاتب أن ينكح ولا يسافر إلا بإذنه»**، يريد أن مقتضى عقد الكتابة وحكمها أنه ليس للمكاتب أن يتزوج ولا يسافر، وإن لم يشترط ذلك عليه؛ لأن هذا يلزمه بنفس عقد الكتابة، وبه قال ابن المسيب فى السفر خلافًا لأحد قولى الشافعى: إن ذلك جائز له.

والدليل على منع ذلك أنه ممنوع من إتلاف ماله، والتقرب به لحق سيده، فكان ممنوعًا من السفر كالعبد. ودليل ثان، وهو أن كل سفر كان له أن يمنع منه عبده، فإنه يمنع منه مكاتبه كالسفر المخوف.

مسألة: ولا ينكح المكاتب إلا بإذن سيده، قاله مالك، وبه قال الشافعى.

ووجهه أنه ممنوع من التصرف التام بحق سيده، فلم يكن له النكاح إلا بإذنه كالعبد.

فرع: فإن تزوج بغير إذن سيده، فأجازه السيد جاز، وإن رده فسخ، وللزوجة إن دخل بها بقدر ما يستحل به، وذلك ثلاثة دراهم.

مسألة: وأما إن أذن له سيده، وكان معه غيره فى الكتابة، فقد قال أشهب: ليس للسيد إجازة ذلك إلا بإجازة من معه فى الكتابة، إلا أن يكونوا صغارًا، فينفسخ بكل حال.

* * *

ولاء المكاتب إذا عتق

قال مالك: إِنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ، إِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ لَهُ إِلا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، فَإِنْ أَجَازَ ذَلِكَ سَيِّدُهُ لَهُ، ثُمَّ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ كَانَ وَلاؤُهُ لِلْمُكَاتَبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ كَانَ وَلاءُ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الْمُكَاتَبُ وَرِثَهُ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا، فَعَتَقَ الْمُكَاتَبُ الآخَرُ قَبْلَ سَيِّدِهِ الَّذِى كَاتَبَهُ، فَإِنَّ وَلاءَهُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ مَا لَمْ يَعْتِقِ الْمُكَاتَبُ الأَوَّلُ الَّذِى كَاتَبَهُ، فَإِنْ عَتَقَ الَّذِى كَاتَبَهُ رَجَعَ إِلَيْهِ وَلاءُ مُكَاتَبِهِ الَّذِى كَانَ عَتَقَ قَبْلَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ الأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّىَ أَوْ عَجَزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ أَحْرَارٌ لَمْ يَرِثُوا وَلاءَ مُكَاتَبِ أَبِيهِمْ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لأَبِيهِمُ الْوَلاءُ، وَلا يَكُونُ لَهُ الْوَلاءُ حَتَّى يَعْتِقَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا عتق عبده لم يخل أن يكون ذلك بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن كان ذلك بإذنه، فمات المكاتب قبل أن يعتق، فإن ولاء العبد المعتق لسيد المكاتب، وإن أعتق المكاتب يومًا، فإن ولاء ذلك العبد المعتق له دون سيده.

ووجه ذلك أنه عقد مستقر ثابت، فوجب أن يثبت ولاؤه لمعتقه إلا أن يمنع من ذلك مانع رق أو غيره، فإن منع منه، فولاؤه لأحق الناس به، وهو سيده، فإن زال المانع بالعتق رجع الولاء إليه.

قَالَ مَالِك فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَتْرُكُ أَحَدُهُمَا لِلْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، وَيَشِحُّ الآخَرُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ مَالا.

قال مالك: يَقْضِي الَّذِي لَمْ يَتْرُكْ لَهُ شَيْئًا مَا بَقِيَ لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْمَالَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ مَاتَ عَبْدًا؛ لأنَّ الَّذِي صَنَعَ لَيْسَ بِعَتَاقَةٍ، وَإِنَّمَا تَرَكَ مَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ.

قال مالك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَاتَ، وَتَرَكَ مُكَاتَبًا، وَتَرَكَ بَنِينَ رِجَالا وَنِسَاءً، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُ الْبَنِينَ نَصِيبَهُ مِنَ الْمُكَاتَبِ، إِنَّ ذَلِكَ لا يُثْبِتُ لَهُ مِنَ الْوَلاءِ شَيْئًا وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةً لَثَبَتَ الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ مِنْ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ.

قال مالك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّهُمْ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يُقَوَّمْ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةً قُوِّمَ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ فِي مَالِهِ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

قَالَ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي مُكَاتَبٍ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَلَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ كَانَ الْوَلاءُ لَهُ دُونَ شُرَكَائِهِ، وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ الْوَلاءَ لِمَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ وَرِثَ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ مِنَ النِّسَاءِ مِنْ وَلاءِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ أَعْتَقْنَ نَصِيبَهُنَّ شَيْءٌ إِنَّمَا وَلاؤُهُ لِوَلَدِ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ الذُّكُورِ أَوْ عَصَبَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا ترك له أحد سيديه ما عليه، فإن ذلك بمعنى الهبة وإسقاط الدين، لا بمعنى العتق، ولذلك إذا مات المكاتب، فإنه يقضى الذى لم يترك حقه ما بقى له عليه من الكتابة، فإن حقه باق له، ثم يقتسمان ما فضل من مال المكاتب، هذا قول مالك، رحمه الله.

وقال الشافعي: يكون نصف نصيبه للمتمسك بحقه، وهو ما يقابل النصيب الحر بالأداء أو الترك، فعلى قوله القديم: يأخذ سيده المتمسك أيضًا بحق الرق، وعلى قوله فى الجديد: يكون لورثته، إن كان له ورثة، فإن لم يكن له ورثة، فالمعتق يأخذه إرثًا.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: ينقل إلى بيت المال على حسب ما كانا يقتسمانه، لو

مات عبدًا، يريد لو مات، ولم يقض شيئًا، ولا ترك له أحدهما شيئًا من حقه، فعبر عن هذا بقوله: بمنزلة ما لو مات عبدًا، وهو يعتقد أنه مات عبدًا.

لكنه قال ذلك لأحد معنيين، إما أنه أراد بمنزلة أن يموت قبل أن ينفذ له عقد الكتابة، فحينئذ ينطلق عليه اسم عبد، على الحقيقة والإطلاق، وإذا كوتب، فاسم الكتابة أخص به، وأظهر فيه. والمعنى الثانى أن يريد ما قدمناه.

وجه قول مالك أن العتق لا تنتقض أحكامه، فلا يصح أن يكون لبعضهم حكم الرق، ويثبت لشيء منه حكم من أحكام الحرية، فلا يورث بوجه، وإذا لم يورث، وإنما يقسم ماله، فيجب أن يقتسماه بحق الملك على ملك رقبته، فإن ذلك الحكم باق له حتى يتم عتقه.

فصل: وقوله: **«ثم يقتسمان ما فضل من مال الكتابة لو مات عبدًا»**، عند من يقول إنه إذا ترك له أحدهما حقه، فقد عتق نصيبه، وهو قول الشافعى.

فصل: وقد استدل مالك، رحمه الله، على نفى العتق، أن الرجل يتوفى ويترك بنين ذكورًا ونساء ومكاتبًا، فأعتق أحد البنين نصيبه من المكاتب، فإنه لا يثبت له من الولاء شيء، وإنما الولاء لمن انجر إليه عن السيد من ذكور الولد دون النساء.

ولو كان ترك الكتابة بمعنى العتق، وتركت إحدى البنات حصتها من الكتابة أو عتقت حصتها لثبت الولاء لها، وهذا بين مع التسليم.

فصل: قال: ويبين ذلك أيضًا من أعتق منهم حصته، ثم عجز، فإنه لا يقدم على العتق حصص شركائه، ولو كان بمنزلة العتق لقدم عليه على حسب ما يقوله الشافعى، وهذا ليس بصحيح؛ لأن عقد الكتابة باق لا يبطله إلا العجز، وهو أحد قولى الشافعى: أنه لا يقوم عليه إلا عند العجز.

وهذا لا يصح أيضًا؛ لأن بالعجز يرجع ملكًا لهما؛ لأن العجز يمنع عتق شيء منه بأداء أو إسقاط بعض ما عليه كما لو كان سيده واحدًا، فأسقط بعض ما عليه، ثم عجز عن باقيه لرجع جميعه رقيقًا له.

والقول الثانى للشافعى أنه يقوم عليه حين العتق أو الترك، ويكون الولاء للذى عقد الكتابة، وهذا أيضًا ليس بصحيح؛ لأن عقد الكتابة ثابت مثبت للولاء، فليس لأحد تغيير شيء من عقد الكتابة إلا بالعجز، ولا لأحد نقل الولاء عن المعتق مع كونه محلاً له.

فصل: وقد استدل مالك على ذلك أيضًا فقال: ومما يبين ذلك أن الولاء لمن عقد الكتابة، وأنه ليس لمن ورث السيد من النساء، وإن أعتقن نصيبهن بشيء، وإنما ينجر الولاء عن السيد إلى ذكور ولده، إن كان له بنون ذكورًا.

وإن لم يكن له أحد من ذكور البنين، فإلى عصبته، وقد تقدم من الكلام ما يقوم مقام تفسيره، ويبين منه مقصوده، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من عتق المكاتب

قال مالك: إِذَا كَانَ الْقَوْمُ جَمِيعًا فِي كِتَابَةٍ وَاحِدَةٍ، لَمْ يُعْتِقْ سَيِّدُهُمْ أَحَدًا مِنْهُمْ دُونَ مُؤَامَرَةِ أَصْحَابِهِ الَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ وَرِضًا مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا، فَلَيْسَ مُؤَامَرَتُهُمْ بِشَيْءٍ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ. قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ رُبَّمَا كَانَ يَسْعَى عَلَى جَمِيعِ الْقَوْمِ، وَيُؤَدِّي عَنْهُمْ كِتَابَتَهُمْ؛ لِتَتِمَّ بِهِ عَتَاقَتُهُمْ، فَيَعْمِدُ السَّيِّدُ إِلَى الَّذِي يُؤَدِّي عَنْهُمْ، وَبِهِ نَجَاتُهُمْ مِنَ الرِّقِّ، فَيُعْتِقُهُ، فَيَكُونُ ذَلِكَ عَجْزًا لِمَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ الْفَضْلَ وَالزِّيَادَةَ لِنَفْسِهِ، فَلا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ» وَهَذَا أَشَدُّ الضَّرَرِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كاتب جماعة عبيد له كتابة واحدة، فإنه إن كان في جميعهم سعاية، لم يكن للسيد أن يعتق بعضهم دون إذن الباقين لما ذكره من الضرر الذى يلحق باقيهم.

فإن كان جميع المكاتبين كبارًا ممن يلزمه رضاه، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما: الجواز، وقد رواه ابن المواز عن مالك، وشرط أن يكون في الباقين قوة على الأداء، والرواية الثانية: المنع من ذلك.

ووجه رواية الجواز أنه عقد لزم السيد والمكاتبين، فلا يتعلق به إلا حقوقهم، فإذا اتفقوا على إخراج واحد منهم من ذلك بالعتق جاز، كما لو انفرد بالكتابة.

ووجه الرواية الثانية أنه يتعلق به حق لله تعالى لجواز أن يكون هذا سببًا إلى استرقاق سائرهم، ولا يجوز لهم أن يستبقوا ما يسترقون به كما لو كان منهم صغير.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك سقط عن الباقين بقدر ما يصيبه من الكتابة على قدر سعيهم دون مراعاة قلتهم، قاله الشيخ أبو القاسم.

فصل: «وإن كانوا صغارًا، فليس مؤامرتهم بشىء، ولا يجوز ذلك عليهم»، يريد أن الصغار لا يصح إذنهم، ولا ينفذ عتق من كان معهم فى الكتابة ممن ينتفع به، ويرجى التجارة به.

واحتج مالك، رحمه الله، فى ذلك بأن الواحد من الجماعة ربما كان هو الذى بسعيه يعتقون لقوته على الكتابة، وقيمته أقل من قيمة سائرهم، فيعتقه السيد ليتوصل بذلك إلى استرقاق سائرهم، فمنع من ذلك لما فيه من الضرر بمن شاركه فى الكتابة، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»، وليس فى الضرر أشد من التسبب إلى استرقاقهم، وإبطال ما انعقد لهم من عقد الكتابة المتضمن عتقهم، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى الْعَبِيدِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا: إِنَّ لِسَيِّدِهِمْ أَنْ يُعْتِقَ مِنْهُمُ الْكَبِيرَ الْفَانِىَ وَالصَّغِيرَ الَّذِى لا يُؤَدِّى وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئًا، وَلَيْسَ عِنْدَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوْنٌ وَلا قُوَّةٌ فِى كِتَابَتِهِمْ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا ضرر على الباقين فى تعجيل عتقه. قال مالك وابن القاسم فى الموازية: ولا يسقط عمن بقى من الكتابة شىء، ولو أعتق أحدهما بالأداء رجع عليه.

ووجه ذلك أنه لا يؤدى عنهم شيئًا ببقائه معهم ولا انعقدت الكتابة على رجاء ذلك، فلا يسقط عنهم بعتقه شىء.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى فى الصغير الذى يرى أنه لا يبلغ السعى حتى تتأدى الكتابة به، وأما من يرى أنه لا يبلغ قبل أن تحل نجوم الكتابة، فإن لمن شاركه فى الكتابة المنع من تعجيل عتقه؛ لما يرجو من الاستعانة فى آخر كتابته، والله أعلم وأحكم.

* * *

جامع ما جاء فى عتق المكاتب وأم ولده

قال مالك: فِى الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ، وَيَتْرُكُ أُمَّ وَلَدِهِ، وَقَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ بَقِيَّةٌ، وَيَتْرُكُ وَفَاءً بِمَا عَلَيْهِ: إِنَّ أُمَّ وَلَدِهِ أَمَةٌ مَمْلُوكَةٌ حِينَ لَمْ يُعْتَقِ الْمُكَاتَبُ حَتَّى مَاتَ، وَلَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا، فَيُعْتَقُونَ بِأَدَاءِ مَا بَقِىَ، فَتُعْتَقُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ بِعِتْقِهِمْ.

قَالَ مَالِك فِي الْمُكَاتَبِ يُعْتِقُ عَبْدًا لَهُ أَوْ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ سَيِّدُهُ حَتَّى عَتَقَ الْمُكَاتَبُ.

قال مالك: يَنْفُذُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، فَإِنْ عَلِمَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْمُكَاتَبُ، فَرَدَّ ذَلِكَ، وَلَمْ يُجِزْهُ، فَإِنَّهُ إِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ، وَذَلِكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَ ذَلِكَ الْعَبْدَ، وَلا أَنْ يُخْرِجَ تِلْكَ الصَّدَقَةَ إلا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ طَائِعًا مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه ليس للمكاتب أن يعتق أحدًا من عبيده ولا يتصدق بشيء من ماله؛ لأن ذلك لإضرار به فى أدائه، ومبطل لما كان يجر إليه من عتقه.

ووجه آخر أنه لم يكمل ملكه بماله، ولا كمل تصرفه فيه، وإنما يجوز العتق والصدقة من كامل الملك كامل التصرف، فلو أجزنا عتقه بغير إذن سيده، لجوزنا عليه العجز والرجوع إلى السيد، وقد أتلف ما كان بيده مما كان لسيده انتزاعه منه، وأما إذا أذن له السيد فيه، فسيأتى ذكره بعد هذا فى الأصل إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا ما لم يكن معه فى الكتابة غيره، فيجب أن لا يجوز ذلك على القولين؛ لأنه قد تعلق حق من شركه فى الكتابة بما فى يده من ماله، فليس له تفويته بغير عوض، وإبطال ما يرجى من عتقهم به.

فرع: فلو رد السيد عتق المكاتب وصدقته، ثم عتق، لم يلزمه وإن بقى ذلك بيده، قاله ابن القاسم فى الموازية.

ووجه ذلك أنه محجور عليه بحق نفسه وحق غيره، فلم يطالب بما رد من أفعاله كالصغير.

فصل: وإن لم يعلم بذلك السيد حتى يعتق المكاتب، لزمه العتق، ولم يكن للسيد أن يرجع فيه على ما قال؛ لأن حق السيد قد استوفاه، ولم يبق له حق يتعلق برد عتق العبد كالغرماء يعتق غريمهم عبده، فلا يعلمون بذلك حتى يطرأ له مال فيقضيهم، فإنه ليس لهم رد عتقه لما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

* * *

الوصية فى المكاتب

قال مالك: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعْتُ فِى الْمُكَاتَبِ يُعْتِقُهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يُقَامُ عَلَى هَيْئَتِهِ تِلْكَ الَّتِى لَوْ بِيعَ كَانَ ذَلِكَ الثَّمَنَ الَّذِى يَبْلُغُ، فَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، وُضِعَ ذَلِكَ فِى ثُلُثِ الْمَيِّتِ، وَلَمْ يُنْظَرْ إِلَى عَدَدِ الدَّرَاهِمِ الَّتِى بَقِيَتْ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قُتِلَ لَمْ يَغْرَمْ قَاتِلُهُ إِلا قِيمَتَهُ يَوْمَ قَتْلِهِ، وَلَوْ جُرِحَ لَمْ يَغْرَمْ جَارِحُهُ إِلا دِيَةَ جَرْحِهِ يَوْمَ جَرَحَهُ وَلا يُنْظَرُ فِى شَىْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ؛ لأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَىْءٌ، وَإِنْ كَانَ الَّذِى بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ لَمْ يُحْسَبْ فِى ثُلُثِ الْمَيِّتِ إِلا مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ لَهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، فَصَارَتْ وَصِيَّةً أَوْصَى بِهَا.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَلَمْ يَبْقَ مِنْ كِتَابَتِهِ إِلا مِائَةُ دِرْهَمٍ، فَأَوْصَى سَيِّدُهُ لَهُ بِالْمِائَةِ دِرْهَمٍ الَّتِى بَقِيَتْ عَلَيْهِ حُسِبَتْ لَهُ فِى ثُلُثِ سَيِّدِهِ، فَصَارَ حُرًّا بِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أوصى بعتق مكاتبه، فإنه لا يحتسب عنه فى الثلث إلا بالأقل من قيمته أو ما بقى من كتابته؛ لأنه إن كان الذى بقى عليه من الكتابة أكثر من قيمته، فإن السيد إنما أتلف قيمته؛ لأنه لا يكون فى جنايته على الورثة أسوأ حالاً من القاتل.

وإن كانت قيمته أكثر مما بقى عليه من الكتابة، فإن الوصية لعقبه، ولا يكون أسوأ حالاً من تركه على حاله، ولو تركه على حاله لعتق بما تبقى عليه، فكذلك إذا أوصى بعتقه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ: إِنَّهُ يُقَوَّمُ عَبْدًا، فَإِنْ كَانَ فِى ثُلُثِهِ سَعَةٌ لِثَمَنِ الْعَبْدِ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَ دِينَارٍ، فَيُكَاتِبُهُ سَيِّدُهُ عَلَى مِائَتَىْ دِينَارٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، فَيَكُونُ ثُلُثُ مَالِ سَيِّدِهِ أَلْفَ دِينَارٍ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَإِنَّمَا

هِيَ وَصِيَّةٌ أَوْصَى لَهُ بِهَا فِي ثُلُثِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بِوَصَايَا، وَلَيْسَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنْ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ، بُدِئَ بِالْمُكَاتَبِ؛ لأَنَّ الْكِتَابَةَ عَتَاقَةٌ، وَالْعَتَاقَةُ تُبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا، ثُمَّ تُجْعَلُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ يَتْبَعُونَهُ بِهَا، وَيُخَيَّرُ وَرَثَةُ الْمُوصِي، فَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً، وَتَكُونُ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ، فَذَلِكَ لَهُمْ، وَإِنْ أَبَوْا وَأَسْلَمُوا الْمُكَاتَبَ، وَمَا عَلَيْهِ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، فَذَلِكَ لَهُمْ؛ لأَنَّ الثُّلُثَ صَارَ فِي الْمُكَاتَبِ، وَلأَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا أَحَدٌ، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: الَّذِي أَوْصَى بِهِ صَاحِبُنَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقَدْ أَخَذَ مَا لَيْسَ لَهُ، قَالَ: فَإِنَّ وَرَثَتَهُ يُخَيَّرُونَ، فَيُقَالُ لَهُمْ قَدْ أَوْصَى صَاحِبُكُمْ بِمَا قَدْ عَلِمْتُمْ، فَإِنْ أَحْبَبْتُمْ أَنْ تُنَفِّذُوا ذَلِكَ لأَهْلِهِ عَلَى مَا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ، وَإِلا فَأَسْلِمُوا لأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ كُلِّهِ.

قَالَ: فَإِنْ أَسْلَمَ الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، كَانَ لأَهْلِ الْوَصَايَا مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، أَخَذُوا ذَلِكَ فِي وَصَايَاهُمْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ كَانَ عَبْدًا لأَهْلِ الْوَصَايَا لا يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ؛ لأَنَّهُمْ تَرَكُوهُ حِينَ خُيِّرُوا، وَلأَنَّ أَهْلَ الْوَصَايَا حِينَ أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ ضَمِنُوهُ، فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ، وَتَرَكَ مَالا هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ، فَمَالُهُ لأَهْلِ الْوَصَايَا، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ، وَرَجَعَ وَلاؤُهُ إِلَى عَصَبَةِ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كاتب عبده عند موته كان ذلك فى ثلثه، وهذا له حكم العتق لا حكم المعاوضة؛ لأنه يفضى إلى عتق وانتزاع ما بيد المعتق، وإنما يعتبر فى ثلثه قيمته؛ لأنها هى التى فوت بالكتابة ومنع الورثة من التصرف فى العبد بالبيع وغيره، وأما الكتابة أو قيمتها فلم تكن ثابتة، فنفاها، بل بالكتابة أحدثها.

فصل: وقوله: «وتفسير ذلك أن تكون قيمة العبد ألف دينار، فيكاتبه بمائتى دينار، فإن حمل ثلث السيد قيمته التى هى ألف دينار جازت كتابته» لأنها وصية أوصى بها فى ثلثه، ولو كاتبه بألف وقيمة العبد مائتا دينار، وكان الثلث مائتى دينار، جاز ذلك أيضًا، ولم يعتبر بنقص الثلث عن الكتابة لما قدمناه.

فصل: وقوله: «ولو أوصى مع ذلك بوصايا ففاق الثلث بدئ بالمكاتب؛ لأن الكتابة

عتاقة»، يريد أوصى بذلك مع ذلك بوصايا لقوم من دنانير وثياب ورباع وغير ذلك، فإن الكتابة المضمنة للعتق تقدم على ملك الوصايا، فتنفذ الكتابة لما تجر إليه من العتق، ثم تكون تلك الوصايا فى الكتابة، فيخير الورثة بين أن يؤدوا إلى أهل الوصايا وصاياهم كاملة وتكون كتابة المكاتب لهم، وبين أن يسلموا إلى أهل الوصايا، فإن أدوا تحاصوا فيما يؤديه من الكتابة، وإن عجزوا رق لهم دون الورثة.

ووجه ذلك أن الكتابة لما قدمت على الوصايا اقتضى ذلك ثبوت عقدها لما كان ما يؤديه المكاتب متعلقًا بالثلث الذى يختص بالوصايا، وكان الورثة أحق بأعيان أموال الميت من الموصى لهم بغير معين خيروا، فإن اختاروا أداء الوصايا، استخلصوا الكتابة، ويكونون مع المكاتب بمنزلة من كاتبه، إن أدى عتق، وإن عجز رق لهم.

وإن أسلموه كان مع أهل الوصايا على مثل ذلك، إن أدى إليهم عتق وإن عجز رق لهم؛ لأن إسلام الورثة الكتابة عينت حقوق أهل الوصايا فيه، فلو مات لم يكن له شىء، وإن أدى لم يكن لهم غير ما يؤدى، وإن عجز لم يكن لهم غير استرقاقه.

قَالَ مَالِك فِى الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ عَشَرَةُ آلافِ دِرْهَمٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

قال مالك: يُقَوَّمُ الْمُكَاتَبُ، فَيُنْظَرُ كَمْ قِيمَتُهُ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَالَّذِى وُضِعَ عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ، وَذَلِكَ فِى الْقِيمَةِ مِائَةُ دِرْهَمٍ، وَهُوَ عُشْرُ الْقِيمَةِ، فَيُوضَعُ عَنْهُ عُشْرُ الْكِتَابَةِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ إِلَى عُشْرِ الْقِيمَةِ نَقْدًا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ وُضِعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُحْتَسَبْ فِى ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ إلا قِيمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ كَانَ الَّذِى وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ الْكِتَابَةِ حُسِبَ فِى ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ نِصْفُ الْقِيمَةِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن السيد إذا وضع عن مكاتبه عددًا مطلقًا غير مختص بنجم معين أو نجوم معينة، فإنه إنما وضع عنه جزءًا من كتابته على حسب ما سماه بالهبة من المسمى فى الكتابة.

فإن أسقط ألف درهم، والكتابة عشرة آلاف درهم، فقد وضع عنه عشرها؛ لأنه لا يحتسب فى الثلث إلا بعشر قيمته ألف درهم، واحتسب فى الثلث بعشر قيمته، وذلك

كمائة درهم؛ لأنه لو وضع عنه جميع الكتابة، وهى عشرة آلاف، وقيمته ألف درهم لم يحتسب فى الثلث إلا بقيمته دون المسمى فى الكتابة؛ لأن القيمة هى التى أسقط بالجزء، وأما المسمى بالكتابة، فغير ثابت ولا متيقن.

قال مالك: إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ عَشَرَةِ آلافِ دِرْهَمٍ، وَلَمْ يُسَمِّ أَنَّهَا مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا وُضِعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عُشْرُهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من وضع عن مكاتبه ألف درهم، والكتابة عشرة آلاف درهم، وأطلق ذلك، ولم يسم لها محلاً من أول الكتابة، ولا من وسطها، ولا آخرها، ولا نجمًا من نجومها، فإنه يوضع عنه من كل نجم عشرة.

ووجه ذلك أنه ليس ذلك أولى بما وضع عنه من بعض فوجب أن يفض ذلك على جميع النجوم، والله أعلم.

قال مالك: إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَنْ مُكَاتَبِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا، وَكَانَ أَصْلُ الْكِتَابَةِ عَلَى ثَلاثَةِ آلافِ دِرْهَمٍ، قُوِّمَ الْمُكَاتَبُ قِيمَةَ النَّقْدِ، ثُمَّ قُسِمَتْ تِلْكَ الْقِيمَةُ، فَجُعِلَ لِتِلْكَ الأَلْفِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ حِصَّتُهَا مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ بِقَدْرِ قُرْبِهَا مِنَ الأَجَلِ، وَفَضْلِهَا، ثُمَّ الأَلْفُ الَّتِي تَلِي الأَلْفَ الأُولَى بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا ثُمَّ الأَلْفُ الَّتِي تَلِيهَا بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا حَتَّى يُؤْتَى عَلَى آخِرِهَا بِفَضْلُ كُلُّ أَلْفٍ بِقَدْرِ مَوْضِعِهَا فِي تَعْجِيلِ الأَجَلِ وَتَأْخِيرِهِ؛ لأَنَّ مَا اسْتَأْخَرَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ أَقَلَّ فِي الْقِيمَةِ ثُمَّ يُوضَعُ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ قَدْرُ مَا أَصَابَ تِلْكَ الأَلْفَ مِنَ الْقِيمَةِ عَلَى تَفَاضُلِ ذَلِكَ إِنْ قَلَّ أَوْ كَثُرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

الشرح: ومعنى ذلك فيما رواه عيسى عن ابن القاسم فى المزنية أن يكون على الميت ثلاثة آلاف دينار فى ثلاثة أنجم، فإن كان الذى وضع عنه المائة الأولى نظر كم قيمتها أن لو كانت تباع نقدًا فى قرب محلها أو تأخرها؛ لأن آخر النجوم أقل قيمتها من أولها.

فإن كانت قيمة النجم الأول خمسمائة، وقيمة النجم الثانى ثلاثمائة، وقيمة النجم الثالث مائتين، كان الذى أوصى له به نصف رقبته، فينظر أيهما أقل قيمة رقبته أو النجم الأول، فذلك يحتسب فى ثلث الميت، فإن خرج من الثلث عتق نصفه، وليس

للورثة أن يقولوا قد تعجل أول نجم، يريد لأن قيمة النجم إنما كانت على الحلول.

قال: وعلى حسب هذا يكون لو أوصى له بالنجم الثانى أو الثالث، وإن كان النجم الأول نصفه، ولم يترك الميت مالاً غيره خير الورثة بين أن يضعوا ذلك النجم بعينه ويعتق الذى كان نصيبه من قيمة رقبته النصف، ويسقط عنه ذلك النجم، ويكون لهما النجمان الباقيان.

فإن استوفوا فذلك، وإن رق منه نصفه، وبين أن لا يجيزوا فيعتق ثلثه، ويوضع عنه من كل نجم ثلثه، فإن عجزوا كان ثلثه حرًا، وثلثاه رقيقًا.

قال ابن القاسم: هذا وجه ما سمعت من مالك، وتفسير من أثق به. قال يحيى بن مزين: وليست فى شىء من الكتب والسماعات بأتم ولا أصح مما فى هذا الكتاب، ومعنى هذا رواه أبو زيد عن، ابن القاسم فى العتبية، وذكره ابن حبيب، عن أصبغ، عن ابن القاسم فى العتبية بمثل ذلك.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبُعِ مُكَاتَبٍ أَوْ أَعْتَقَ رُبُعَهُ، فَهَلَكَ الرَّجُلُ، ثُمَّ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ مَالا كَثِيرًا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِىَ عَلَيْهِ.

قال مالك: يُعْطَى وَرَثَةُ السَّيِّدِ وَالَّذِى أَوْصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ مَا بَقِىَ لَهُمْ عَلَى الْمُكَاتَبِ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ مَا فَضَلَ، فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ بِرُبُعِ الْمُكَاتَبِ ثُلُثُ مَا فَضَلَ بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ وَلِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ الثُّلُثَانِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَىْءٌ فَإِنَّمَا يُورَثُ بِالرِّقِّ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أوصى لرجل بربع مكاتبه ثم بعتق ربعه، فقد بقى ثلاثة أرباعه على حكم الكتابة للموصى نصفه، وللوصية ربعه، فكان الباقى منه على الملك بينهما على الثلثين منهما للموصى والثلث بحكم الوصية.

فإذا مات الموصى انتقل ذلك الثلث إلى الموصى به والثلثان إلى ورثة الموصى، فإن مات المكاتب عن مال أعطى ورثة السيد ما بقى له، وللموصى له ما بقى له، ثم يقتسمون البقية للورثة ثلثاه، وللموصى له ثلثه.

ووجه ذلك أن المال إنما ينقل عنه إليهم على حكم الملك، والذى يملك منه ثلاثة أرباعه للورثة ربعاه، وللموصى له ربع، وذلك ينقسم على ثلاث وثلاثين حسبما

ذكروا ذلك أن المكاتب عبد ما بقي عليه شيء، فلا يورث وإنما ينتقل ماله إلى مستحقه بحق الملك والرق، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِك فِي مُكَاتَبٍ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، قَالَ: إِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ مِنَ الْكِتَابَةِ قَدْرُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ عَلَى الْمُكَاتَبِ خَمْسَةُ آلافِ دِرْهَمٍ، وَكَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَيْ دِرْهَمٍ نَقْدًا، وَيَكُونُ ثُلُثُ الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَتَقَ نِصْفُهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ شَطْرُ الْكِتَابَةِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن معنى الوصية بعتق المكاتب، وهو إسقاط ما عليه، فإن حمل الثلث ما عليه، يريد من الكتابة عتق، وإن لم يحمله عتق منه قدر ما حمل الثلث.

ومعنى ذلك يوضع عنه من الكتابة قدر ما حمل الثلث من قيمته، تعتبر عند احتمال الثلث له جميع الكتابة، وعند ضيق الثلث عنها الأقل من قيمة العبد أو الكتابة، وهو معنى قوله: ويوضع عنه قدر ذلك، فإن حمل الثلث نصفه، وضع عنه نصف ما عليه من الكتابة.

وذلك بأن يوضع عنه من كل نجم نصفه، فإن كانت الكتابة خمسة آلاف درهم، وقيمة المكاتب ألف درهم وثلث الميت ألف درهم عتق نصفه، ووضع عنه من الكتابة نصفها؛ لأنها مقابلة نصف قيمة العبد.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ: غُلامِي فُلانٌ حُرٌّ، وَكَاتِبُوا فُلانًا: تُبَدَّأُ الْعَتَاقَةُ عَلَى الْكِتَابَةِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الكتابة ليست بعتق متحقق بل يجوز أن تبطل بالعجز مع ما فيه من التأجيل. وأما العتق المبتل، ففيه مع تحقق العتق التأجيل، فكان أولى؛ لأن الوصية مبنية على تقديم العتق المعين على غيره من الوصايا، فوجب أن يقدم ما تحقق منه ويعجل على ما خالفه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المدبر

القضاء فى المدبر

مَالِك أَنَّهُ قَالَ: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ دَبَّرَ جَارِيَةً لَهُ، فَوَلَدَتْ أَوْلادًا بَعْدَ تَدْبِيرِهِ إِيَّاهَا، ثُمَّ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ قَبْلَ الَّذِى دَبَّرَهَا إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ مِنَ الشَّرْطِ مِثْلُ الَّذِى ثَبَتَ لَهَا، وَلا يَضُرُّهُمْ هَلاكُ أُمِّهِمْ، فَإِذَا مَاتَ الَّذِى كَانَ دَبَّرَهَا، فَقَدْ عَتَقُوا إِنْ وَسِعَهُمُ الثُّلُثُ.

وقال مالك: كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَوَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا، فَوَلَدُهَا أَحْرَارٌ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً أَوْ مُكَاتَبَةً أَوْ مُعْتَقَةً إِلَى سِنِينَ أَوْ مُخْدَمَةً أَوْ بَعْضَهَا حُرًّا أَوْ مَرْهُونَةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، فَوَلَدُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى مِثْلِ حَالِ أُمِّهِ، يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهَا، وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبرة ما ولدت بعد التدبير، فإن له حكم المدبر؛ لأن الولد تبع لأمه فى أحكام الرق والحرية بعد التدبير. وأما الموصى بعتقها، فما ولدته قبل موت سيدها، فلا يدخل فى وصيتها؛ لأن الوصية لا تثبت إلا بموت الموصى.

وأما قبل موته، فلا تثبت؛ لأن للموصى الرجوع عنها، فإذا ثبت حكم التدبير لولد المدبرة لم يخرجهم عن هذا الحكم بعد ثبوته موت الأم، وكذلك المكاتبة والمعتقة إلى أجل والمخدمة أو بعضها حر أو مرهونة أو أم ولد، فإن ولد كل واحدة منهن بمنزلتها له حكمها يعتق بعتقها، ويرق برقها، ويعتق منه ما عتق منها ويرق منها ما يرق منه.

قال: لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، يريد ما لم ينشأ فى ملك سيد حر أو انعقد له عقد حرية. فأما إذا خلق فى ملك سيد حر أو انعقد له عقد حرية من كتابة أو تدبير أو عتق مؤجل، فإن الولد يتبع أباه، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**فإذا مات الذى دبرها، فقد عتق بعتقها، إن وسعهم الثلث**»، يريد بموت السيد تحصل الحرية للمدبرة وولدها، إن وسعهم الثلث؛ لأن المدبر إنما يعتق من الثلث، فإن حمله الثلث، فقد عتق، وإن لم يحمله عتق منه ما حمله الثلث.

مسألة: وهذا حكم الإطلاق، وأما الشرط، ففى كتاب ابن المواز: من دبر أمته على أن ما تلد رقيق مضى التدبير وولدها بمنزلتها.

ووجه ذلك أن هذا عقد يتضمن العتق، وهو مبنى على التغليب والسراية، فإذا اشترط فيه شرطًا فاسدًا مترقبًا بطل الشرط، ونفذ العقد كما لو قال له أنت حر على أن ما تكسب فى المستقبل لى يصح العتق، ونفذ وبطل الشرط.

قَالَ مَالِك فِي مُدَبَّرَةٍ دُبِّرَتْ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهَا بِحَمْلِهَا: إنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ أَعْتَقَ جَارِيَةً لَهُ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِحَمْلِهَا.

قال مالك: فَالسُّنَّةُ فِيهَا أَنَّ وَلَدَهَا يَتْبَعُهَا وَيَعْتِقُ بِعِتْقِهَا.

قال مالك: وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلا ابْتَاعَ جَارِيَةً، وَهِيَ حَامِلٌ، فَالْوَلِيدَةُ وَمَا فِي بَطْنِهَا لِمَنِ ابْتَاعَهَا، اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُبْتَاعُ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ.

قال مالك: وَلا يَحِلُّ لِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَا فِي بَطْنِهَا؛ لأنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا، وَلا يَدْرِى أَيَصِلُ ذَلِكَ إِلَيْهِ أَمْ لا؟ وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ بَاعَ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ، وَذَلِكَ لا يَحِلُّ لَهُ؛ لأَنَّهُ غَرَرٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من دبر أمة، وهى حامل، فالتدبير يتناول ما فى بطنها، فيكون حكمه فى التدبير حكمها، وهكذا قال على وعثمان وابن عمر وجابر وابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم. وروى عنه مثل ما تقدم.

واستدل مالك على ذلك بأن قال: وكذلك لو أعتقها لكان ذلك عتقًا لما فى بطنها، وإن لم يعلم بحملها؛ لأن العتق مبنى على التغليب والسراية، والولد بمنزلة عضو من أعضائها يتبعها فى البيع والهبة بمجرد العقد، وإن لم يكونا من عقود التغليب والسراية، فكذلك التدبير والعتق، وهما بذلك أولى لما قدمناه.

قَالَ مَالِك فِي مُدَبَّرٍ أَوْ مُكَاتَبٍ ابْتَاعَ أَحَدُهُمَا جَارِيَةً، فَوَطِئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ

وَوَلَدَتْ، قَالَ: وَلَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ جَارِيَتِهِ بِمَنْزِلَتِهِ، يَعْتِقُونَ بِعِتْقِهِ، وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهِ.

قال مالك: فَإِذَا أُعْتِقَ هُوَ، فَإِنَّمَا أُمُّ وَلَدِهِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا أُعْتِقَ.

الشرح: وهو على ما قال أن المدبر والمكاتب من ابتاع منهما جارية، فولدت منه، فإن الولد بمنزلته يعتق بعتقه ويرق برقه.

ووجه ذلك أن كل ولد حدث عن ملك يمين يتبع أباه فى الحرية، والرق. أصل ذلك الحر يستولد أمته.

مسألة: وهذا إذا وضعته أمه لستة أشهر فأكثر من وقت التدبير، وما وضعته قبل ذلك فهو رقيق، رواه ابن سحنون عن أبيه. قال: وما ولدته المدبرة بعد التدبير، فهو مدبر كأمه، طال ذلك أو قصر.

والفرق بينهما أن ما فى بطن المدبرة عضو من أعضائها، ولذلك لا يجوز أن ينفرد بالبيع دونها، ولا تنفرد بالبيع دونه، وما فى بطن أمة المدبر ليس كذلك؛ لأنه لا يجوز أن تنفرد بالبيع دونه، ويفرد المدبر بالبيع دون الحمل، فلذلك لم يتبعه إلا إذا حدث بعد عقد لتدبير، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«وإذا عتق هو، فإنها أم ولده مال من ماله، تسلم إليه إذا أعتق»**[1].

* * *

جامع ما جاء فى التدبير

المدبر من العبيد مأخوذ من الدبر؛ لأن السيد أعتقه بعد مماته، والممات دبر الحياة، والفقهاء يقولون للمعتق عن دبر، أى بعد الموت، وهذا اللفظ لم يستعمل إلا فى العبيد والإماء دون سائر ما يملك كما لم يستعمل العتق إلا فيهم.

قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبَّرٍ قَالَ لِسَيِّدِهِ: عَجِّلْ لِي الْعِتْقَ، وَأُعْطِيكَ خَمْسِينَ مِنْهَا مُنَجَّمَةً عَلَيَّ، فَقَالَ سَيِّدُهُ: نَعَمْ، أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ خَمْسُونَ دِينَارًا تُؤَدِّي إِلَيَّ كُلَّ عَامٍ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ، فَرَضِيَ بِذَلِكَ الْعَبْدُ، ثُمَّ هَلَكَ السَّيِّدُ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةٍ.

---

(١) هكذا فى الأصل، لم يرد فيه شرح من المصنف.

قال مالك: يَثْبُتُ لَهُ الْعِتْقُ، وَصَارَتِ الْخَمْسُونَ دِينَارًا دَيْنًا عَلَيْهِ، وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ، وَثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ، وَمِيرَاثُهُ وَحُدُودُهُ، وَلا يَضَعُ عَنْهُ مَوْتُ سَيِّدِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه، ويعجل له العتق، فإن مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه الدين؛ لأنه دين متعلق بذمته، ويعتق العبد بالعتق المنجز، ولا يعتبر فى ذلك ثلث المال؛ لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد، ونجزت بالعوض.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ، فَمَاتَ السَّيِّدُ، وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ، وَمَالٌ غَائِبٌ، فَلَمْ يَكُنْ فِى مَالِهِ الْحَاضِرِ مَا يَخْرُجُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ.

قَالَ: يُوقَفُ الْمُدَبَّرُ بِمَالِهِ، وَيُجْمَعُ خَرَاجُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مِنَ الْمَالِ الْغَائِبِ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مِمَّا يَحْمِلُهُ الثُّلُثُ عَتَقَ بِمَالِهِ، وَبِمَا جُمِعَ مِنْ خَرَاجِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مَا يَحْمِلُهُ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلُثِ، وَتُرِكَ مَالُهُ فِى يَدَيْهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا لم يخرج من المال الحاضر وقف، وانتظر المال الغائب.

ووجه ذلك أنه لا يعجل استرقاق بعضه مع ما يرجى من استكمال حريته بالمال الغائب؛ لأن حرية المدبر متعلقة بالمالين، فلا تسقط من أحدهما لتغيبه.

مسألة: ولو كان دين مؤجل إلى عشر سنين ونحوها، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يباع الدين بما يجوز بيعه به، حتى يعجل عتق المدبر من ثلثه أو ما حمل الثلث منه.

ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى تعجيل العتق بخلاف المال الغائب، فإنه لا يستطيع ذلك فيه، وفيه أيضًا المدبر إلى أن يحل الدين المؤجل إلى عشر سنين، استدامة استرقاقه المدة الطويلة التى ربما أدت إلى تفويت عتقه بموته قبل ذلك.

مسألة: ولو يئس من الدين لعدم الغريم أو بعد غيبته، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يعتق منه ما حمله المال الحاضر؛ لأن انتظار ذلك لا فائدة فيه مع ما يخاف من موته، وفوت عتقه.

فصل: وقوله: «**يوقف المدبر بماله وجميع خراجه**»، يريد أن ذلك كله تابع له يتبعه في عتقه، فلذلك قوم معه؛ لأنه يزيد في قيمته، وكذلك إذا عجل عتقه لعدم من عليه الدين لسيده أو بعد غيبته، فإنه يعتق منه ما حمله المال الحاضر، ويعمل في مال المدبر على ما يأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإن أعتق بعضه، ثم قدم المال الغائب أو أثرى المعدم، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن كان المدبر في أيدي الورثة، عتق في ثلث ما أخذ من الدين، وإن خرج عن أيديهم ببيع أو هبة أو غيرها، فلا شيء فيما قبض للمدبر، وذلك للورثة.

وقال عيسى: يعتق في الثلث حيث كان، وإن بقي منه شيء للمشتري رده، والذي قاله عيسى قول مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن العيب قد ظهر على استحقاق المدبر العتق مما كان للسيد من المال، فكان ذلك بمنزلة أن يستحق بحرية.

* * *

الوصية في التدبير

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ عَتَاقَةٍ أَعْتَقَهَا رَجُلٌ فِي وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ، أَنَّهُ يَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَيُغَيِّرُهَا مَتَى شَاءَ، مَا لَمْ يَكُنْ تَدْبِيرًا، فَإِذَا دَبَّرَ، فَلا سَبِيلَ لَهُ إِلَى رَدِّ مَا دَبَّرَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الوصية بالعتق يردها الموصي متى شاء من صحة أو مرض؛ لأن عقد الوصية عقد غير لازم، وإنما يلزم بموت الموصي.

وقوله: «**فإذا دبر، فلا سبيل له إلى ما دبر**»، يريد أن ما كان من العتق بمعنى التدبير، فلا سبيل للمعتق إلى رده؛ لأنه عقد لازم، وهذا يقتضي أن حكم الوصية غير حكم التدبير خلافًا للشافعي في أحد قوليه: إن حكم التدبير الوصية.

والدليل على ما نقوله أن اختلاف الألفاظ ظاهره اختلاف المعاني، وإذا كان التدبير مخالفًا للوصية، فلكل واحد منهما لفظ يختص به.

فأما لفظ الوصية، فهو أن يقول: إذا مت فأعتقوا عبدي فلانًا، فهذا محمول على الوصية، وللموصي الرجوع عنه متى شاء؛ لأنه عقد غير لازم.

مسألة: وأما إذا قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتي، ففي الموازية عن ابن

القاسم: إن لم يرد به الوصية، فهو تدبير. وقال ابن وهب عن مالك: كل ما أعتق الرجل بعد موته فى صحة أو مرض، فهو وصية، ما لم يدبر.

فوجه القول الأول، وهو نحو قول أبى حنيفة أن اللفظ يقتضى إيقاع العتق بعد الموت على الإطلاق، وذلك يفيد اللزوم، وهذا معنى التدبير.

ووجه القول الثانى أن لفظه يحتمل اللزوم على معنى التدبير، ويحتمل الجواز على معنى الوصية، وهو فى الجواز أظهر، فوجب أن يحمل عليه، ولو تساوى المعنيان فيه، لكان الجواز أولى؛ لأنه لا يلزم ما لم يلزم ما لم يقطع التزامه إياه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن أدرك المعتق حيًا سئل، فإن قال: أردت الوصية، ففى الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك فى صحيح قال لعبده: أنت حر يوم أموت، يسأل، فإن قال: أردت الوصية، صدق.

وقال أصبغ: يصدق مع يمينهم. قال الشيخ أبو محمد: وثم قول آخر لأشهب فى المدونة: وإن مات قبل أن يسأل، فقد قال أصبغ: مدبر، ويجىء على رواية ابن وهب عن مالك: أن له حكم الوصية، والله أعلم.

مسألة: وأما لفظ المدبر، فقد قال أبو محمد: هو أن يقول لعبده: أنت حر عن دبر منى، أو أنت مدبر، أو إذا مت فأنت حر، بالتدبير، وما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته لا على وجه الوصية.

وزاد فى كتاب ابن المواز: أن يقول فى صحة أو مرض: أنت حر متى مت، أو إن مت، ولا مرجع لى فيك. قال أشهب: وشبه هذا، أفرد ذلك بكتاب أو جعله فى ذكر وصاياه.

ومعنى هذا على مقتضى قول أصحابنا أن التدبير على ضربين، مطلق، وهو ما تقدم، ومقيد مثل أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا، فأنت مدبر.

فأما المطلق فهو عقد لازم عند مالك، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما المقيد، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وابن كنانة: هو تدبير لازم، لا رجوع فيه، ونحوه فى الموازية أيضًا عن ابن القاسم: وقيل ليس هذا بتدبير، مات فى مرضه ذلك أو عاش.

وروى فى كتاب ابن سحنون عن ابن القاسم. وقال أصبغ وابن القاسم: هى وصية إلا أن يريد التدبير أو يقصده عند الوصية، ويأتى بلفظ الوصية، وهو يظن أنه تدبير وتقطع البينة أنه أراد ذلك أو يقر أنه أراد التدبير.

وجه القول الأول أن حكم التدبير مبنى على اللزوم، فلما قيدها بشرط خرج عن مقتضى اللزوم، فحمل على الوصية. وقد روى ابن نافع عن مالك فيمن قال لجاريته: إنها مدبرة، تعتق بعد موته، إن لم يحدث فيها حدث، وكتب لها بذلك كتابًا أنها وصيته، لقوله: إن لم يحدث فيها حدثًا.

ووجه القول الثانى أن لفظ التدبير يقتضى اللزوم كالمطلق.

قال مالك: وَكُلُّ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ أَمَةٌ أَوْصَى بِعِتْقِهَا، وَلَمْ تُدَبَّرْ، فَإِنَّ وَلَدَهَا لا يَعْتِقُونَ مَعَهَا إِذَا عَتَقَتْ، وَذَلِكَ أَنَّ سَيِّدَهَا يُغَيِّرُ وَصِيَّتَهُ إِنْ شَاءَ، وَيَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا عَتَاقَةٌ، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ قَالَ لِجَارِيَتِهِ: إِنْ بَقِيَتْ عِنْدِى فُلانَةُ حَتَّى أَمُوتَ، فَهِيَ حُرَّةٌ.

قال مالك: فَإِنْ أَدْرَكَتْ ذَلِكَ كَانَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ قَبْلَ ذَلِكَ بَاعَهَا وَوَلَدَهَا؛ لأَنَّهُ لَمْ يُدْخِلْ وَلَدَهَا فِي شَيْءٍ مِمَّا جَعَلَ لَهَا. قَالَ: وَالْوَصِيَّةُ فِى الْعَتَاقَةِ مُخَالِفَةٌ لِلتَّدْبِيرِ، فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ. قَالَ: وَلَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ التَّدْبِيرِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ لا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ، وَمَا ذُكِرَ فِيهَا مِنَ الْعَتَاقَةِ، وَكَانَ قَدْ حَبَسَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَا لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأمة الموصى بعتقها إذا ولدت قبل موت سيدها، فإن ولدها غير داخل فى وصيتها؛ لأن عقد الوصية غير لازم وعقد التدبير والكتابة لازم، فلذلك دخل فيها من يولد بعده، ولو أن الموصى بعتقها تلد بعد وفاة سيدها قد لزم عقد الوصية.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَبَّرَ رَقِيقًا لَهُ جَمِيعًا فِى صِحَّتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ إِنْ كَانَ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ قَبْلَ بَعْضٍ بُدِئَ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ حَتَّى يَبْلُغَ الثُّلُثَ، وَإِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِي مَرَضِهِ، فَقَالَ: فُلانٌ حُرٌّ، وَفُلانٌ حُرٌّ، وَفُلانٌ حُرٌّ فِى كَلامٍ وَاحِدٍ، إِنْ حَدَثَ بِى فِي مَرَضِى هَذَا حَدَثُ مَوْتٍ أَوْ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِى كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، تَحَاصُّوا

فِي الثُّلُثِ، وَلَمْ يُبَدَّأْ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ صَاحِبِهِ، وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ، وَإِنَّمَا لَهُمُ الثُّلُثُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ ثُمَّ يَعْتِقُ مِنْهُمُ الثُّلُثُ بَالِغًا مَا بَلَغَ.

قَالَ: وَلا يُبَدَّأُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَرَضِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من دبر عبيدًا، واحدًا بعد واحد، زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: فى صحة أو مرض، فإنه إذا ضاق الثلث عن جميعهم، بدئ بالأول فالأول؛ لأن السيد إذا دبر عبدًا، فقد تعلق حقه بثلث ماله على وجه الوجوب، فليس له أن يسقط ذلك بتدبير غيره.

فعلى هذا يعتق الأول فالأول؛ لأنه على حسب ذلك تعلق حقهم بالثلث، وإن أعتقهم جميعًا تحاصوا فى الثلث؛ لأن حريتهم تعلقت بالثلث تعلقًا واحدًا، فليس بعضهم أحق بذلك من بعض.

فإن أعتق جماعة فى كلمة، ثم أعتق بعدهم جماعة أخرى، فعلى حسب ذلك أيضًا يبدأ بالجماعة الأولى، فإن حملهم الثلث وضاق عن الجماعة الثانية بدئ بعتق الأولى وتحاصت الجماعة الثانية فى بقية الثلث.

وإن ضاق عن الجماعة الأولى، بدئ بها، فتحاصت فى الثلث، ولم يكن للجماعة الثانية فى ذلك حق، ومعنى المحاصة أن حمل الثلث بعضهم أن يعتق منهم بقدر ذلك، والله أعلم.

فرع: وكم مقدار ما يكون من الفضل بين الأول والثانى، ففى كتاب ابن سحنون، عن أبيه، عن ابن القاسم فيمن كتب وصية، فبدأ بأحد عبيده، ثم قام لشغل ثم عاد فكتب الآخر، قال: يبدأ الأول فالأول.

وروى ابن المواز، عن ابن وهب، عن المخزومى فيمن دبر فأغمى عليه، ثم أفاق، فدبر آخر، قال: هذان يتحاصان.

مسألة: ومن قال فى مرضه: قد كنت دبرت فلانًا فى صحتى، ثم دبر آخر فى مرضه، فإن ذلك ماض يعتق فى ثلثه الأول فالأول، قاله سحنون عن ابن القاسم فى كتاب ابنه، قال: ولا يبطل إقراره فى مرضه بالتدبير؛ لأنه قد صرفه إلى الثلث بخلاف إقراره بالعتق؛ لأنه صرفه إلى رأس المال.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ دَبَّرَ غُلامًا لَهُ، فَهَلَكَ السَّيِّدُ، وَلا مَالَ لَهُ إلا الْعَبْدُ الْمُدَبَّرُ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ، قَالَ: يُعْتَقُ ثُلُثُ الْمُدَبَّرِ، وَيُوقَفُ مَالُهُ بِيَدَيْهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا هلك سيده، ولم يترك غيره، فإنه يعتق ثلث المدبر، فإن كان للمدبر مال، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه: يعتق من العبد ما حمله ثلث مال الميت، وبقى ماله فى يده.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: يقوم بماله فى الثلث كعضو من أعضائه ويتبعه إن خرج وإن خرج بعضه أقر بيده جميعًا. قال سحنون عن ابن القاسم: إن كانت قيمة المدبر مائة دينار، وماله مائة، فإنه يعتق نصفه، ويبقى ماله بيده؛ لأن قيمته بماله مائتان، ولا ينزع منه شيء، وهذا قول مالك.

وروى فى العتبية عيسى، عن ابن وهب، عن ربيعة ويحيى بن سعيد: يجمع مال الميت إلى المدبر وماله، فإن خرج المدبر وماله فى ثلث ذلك عتق، وكان ماله بيده، وإن كان الثلث يحمل رقبته وبعض ماله عتق، وكان له من ماله ما حمل الثلث من ماله ورقبته.

وإن لم يدع غير المدبر وماله وقيمة رقبته مائة دينار وماله ثمانمائة عتق المدبر، وكان له من ماله مائتا دينار، وهكذا يحسب وكذلك من أوصى بعتق عبده، وللعبد مال هكذا يصنع، وهذا رأى ابن وهب، وبه آخذ. قال ابن حبيب: تفرد بذلك ابن وهب عن مالك وأصحابه.

مسألة: ومن دبر عبده، واستثنى ماله، ففى العتبية من رواية أصبغ، عن ابن القاسم: ذلك جائز، وقاله مالك. وفى المدونة من رواية عيسى عن مالك وابن القاسم مثله. وروى عن ابن كنانة: ليس ذلك له، ويتبعه ماله.

واحتج ابن القاسم للرواية الأولى بأنه لو قال فى مرضه: غلامى مدبر، وخذوا ماله، جاز ذلك، فكذلك إذا قاله فى الصحة؛ لأنه بهذا الشرط دبره، وليس هذا بمنزلة أن يدبره فى الصحة، ولا يستثنى ماله، يريد أن ينتزع ماله فى مرضه؛ لأن ذلك تدبير، يقتضى بقاء ماله بيده، فليس له انتزاعه عند ظهور عتقه.

ووجه قول ابن كنانة أنه ليس بمنزلة من أراد أن ينتزع مال مدبره عند موته أو ينتزعه الورثة بعد موته، فذلك غير جائز وبقى المال للمدبر. وقال أصبغ: معنى ذلك أن يستثنيه بعد موت نفسه إذا عتق.

ومعنى ذلك على ما قال في العتبية: أن معنى استثناء ماله، أن يستثنى عند عقد التدبير أخذه عند نفوذ العتق. وأما عند التدبير وبعده، فإن له انتزاعه، اشترطه أو لم يشترطه.

فرع: فإذا استثناه في التدبير، قوم بغير مال وحسب ما بيده من مال السيد، فقوم المدبر دونهما، قاله ابن القاسم وأصبغ في العتبية والموازية.

قَالَ مَالِك فِي مُدَبَّرٍ كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، فَمَاتَ السَّيِّدُ، وَلَمْ يَتْرُكْ مَالا غَيْرَهُ.

قال مالك: يُعْتَقُ مِنْهُ ثُلُثُهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ ثُلُثُ كِتَابَتِهِ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ ثُلُثَاهَا.

الشرح: وهذا على ما قال، ومعنى ذلك أن عقد التدبير لا يمنع عقد الكتابة؛ لأن الكتابة لا تمنع التدبير ولا تبطله بل تؤكده وتعجله، وأسوأ أحوالها أن يبقى المدبر على حاله. وذلك أن للسيد انتزاع مال المدبر.

فإذا أخذه منه على تعجيل عتقه، فذلك غير مخالف لما عقد عليه تدبيره، فإن أدى المكاتب كتابته في حياة السيد عجل عتقه، فإن مات السيد قبل أداء الكتابة عتق منه ثلثه، وسقط عنه لذلك ثلث الكتابة، وبقي باقي العبد على حكم الكتابة، وذلك أفضل له من أن يبقى على حكم الرق لو لم يتقدم عقد الكتابة.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ لَهُ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبَتَّ عِتْقَ نِصْفِهِ أَوْ بَتَّ عِتْقَهُ كُلَّهُ، وَقَدْ كَانَ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ آخرَ قَبْلَ ذَلِكَ.

قَالَ: يُبَدَّأُ بِالْمُدَبَّرِ قَبْلَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَهُوَ مَرِيضٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرُدَّ مَا دَبَّرَ، وَلا أَنْ يَتَعَقَّبَهُ بِأَمْرٍ يَرُدُّهُ بِهِ، فَإِذَا عَتَقَ الْمُدَبَّرُ، فَلْيَكُنْ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ شَطْرَهُ حَتَّى يَسْتَتِمَّ عِتْقُهُ كُلُّهُ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ فَضْلَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ فَضْلَ الثُّلُثِ بَعْدَ عِتْقِ الْمُدَبَّرِ الأَوَّلِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المريض إذا ابتدأ فدبر عبدًا له ثم أعتق عبدًا له آخر أو أعتق منه نصفه، ثم توفي، وضاق الثلث عنهما، فإنه يبدأ بعتق المدبر؛ لأنه قد ثبت له حكم التدبير، وهذا الأمر لازم، فليس للسيد أن ينقضه بعتق غيره.

مسألة: ولو أن المريض دبر أحدهما وبتل عتق الآخر في لفظة واحدة أو كلام متصل تحاصا في الثلث، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنهما متساويان فى الخدمة، ولم يتقدم أحدهما الآخر فى الرقبة، فلزم تحاصهما كالمدبرين.

فصل: وقوله: **«وإذا أعتق المدبر فليكن ما بقى من الثلث فى الذى أعتق شطره حتى يستتم له عتقه كله فى ثلث الميت»**، يريد أنه لما بدأ بعتق تمم عليه سائره فى الثلث.

* * *

مس الرجل وليدته إذا دبرها

١٤٩٧ – مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ لَهُ، فَكَانَ يَطَؤُهُمَا، وَهُمَا مُدَبَّرَتَانِ.

١٤٩٨ – **قَالَ مَالِك:** عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَبَّرَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، وَلا يَهَبَهَا، وَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا.

الشرح: قوله فى الذى دبر أمته: **«له أن يطأها»**، هو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى.

ووجه ذلك أن عتقها إنما يكون بعد الموت ومن الثلث كالموصى بعتقها، ولأنها تعتق بالموت وانتزاع مالها كأم الولد.

ووجه آخر، وهو أن وطأها يؤكد عتقها؛ لأنها إن حملت منه، عتقت من رأس المال.

وإن بقيت على حالها، فإنما تعتق بالثلث، ويحتمل أن يقال إن المدبرة إذا حملت، بطل تدبيرها، وانتقلت إلى ما هو أقوى من التدبير كما يبطل التدبير بالعتق.

فصل: وقوله: **«ولا يجوز له بيعه ولا هبته»**، يريد أن حكم التدبير قد لزمه فيه، فليس له إبطاله بقول ولا فعل. وقال أبو حنيفة: ما كان منه مطلقًا، فليس له نقضه بقول ولا فعل على ما قلناه، وما كان مقيدًا، فله إبطاله.

وعندنا لا يجوز له إبطال المقيد كما لا يجوز له إبطال المطلق، وإنما قال بعض أصحابنا: إنه لا يجوز له أن يفسر المقيد، فيقول: لم أرد به التدبير، فيكون له حينئذ حكم الوصية.

١٤٩٧ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٢٠.

١٤٩٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٢١.

والدليل على ما نقوله على تسليم إحدى الروايتين أن هذا تدبير، فوجب أن يكون لازمًا كالمطلق.

مسألة: فإذا قلنا يقدر فى المقيد قول واحد، أنه إذا أريد به التدبير أنه يلزم، فكذلك المطلق أولى؛ لأنه عندنا صريح فى التدبير لا يقبل منه أنه أراد به غير التدبير، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: له الرجوع عن التدبير المطلق والمقيد بالفعل دون القول. والقول الثانى: له الرجوع بالقول والفعل.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١].

ومن جهة المعنى أنه عقد عتق استفاد به اسمًا يعرف به، فلم يكن له إبطاله. أصله الكتابة. ودليل آخر أن هذا عقد عتق ليس له إبطاله بالفعل. أصله ما ثبت من ذلك لأم الولد.

وأما ما تعلقوا به مما روى عن جابر بن عبدالله أن رجلاً دبر عبدًا له، ليس له مال غيره، فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه منى؟»، فاشتراه منه نعيم بن النحام بثمانمائة درهم، قالوا: وهذا هو أبو مذكور العربى دبر عبدًا له يقال له يعفور، فباعه النبى ﷺ، فليس فيما ادعوه حجة؛ لأنه يحتمل أن يكون عليه دين قبل التدبير، فباعه لأداء ذلك الدين، وهذا عندنا جائز.

وبين وجه هذا التأويل أنه قال فى الحديث: ليس له مال غيره، وعلى أصلهم لا تأثير لقوله: ليس له مال غيره فى الحكم؛ لأنه لا فرق عندهم بين أن يكون له مال غيره أو لا يكون له مال غيره.

وعلى ما نقوله فهو مدبر؛ لأنه إن كان له مال غيره لم يبع فى دين متقدم، وإن لم يكن له مال غيره يتأدى منه الدين بيع حينئذ لأداء الدين.

ويبين هذا أن النبى ﷺ هو باشر البيع، وأمر به على وجه الحكم عليه، ولو لم يكن ثم دين يباع من أجله، لم يكن ذلك للنبى ﷺ وإنما يبيعه هو عندهم باختياره. وقد قال نحو هذا ابن سحنون.

وقد روى هذا الحديث بهذه الزيادة الشيخ أبو إسحاق، عن أبى عبدالرحمن النسوى: أعتق رجل من الأنصار غلامًا له عن دبر وكان محتاجًا، وكان عليه دين، فباعه رسول الله ﷺ، وهذا يقوى ما قدمناه من التأويل، والله أعلم.

قال الشيخ أبو إسحاق: وقد قال بعض أصحابنا: إن ذلك بعد الموت. وقد رأيته لابن سحنون. وقال قوم: إن باع خدمته، فذلك محتمل، ولعله أراد به أن يعطيه مالاً على تعجيل عتقه، وذلك جائز كما يجوز فى أم الولد، وليس ذلك ببيع فى رقبتها.

* * *

بيع المدبر

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى الْمُدَبَّرِ أَنَّ صَاحِبَهُ لا يَبِيعُهُ، وَلا يُحَوِّلُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِى وَضَعَهُ فِيهِ، وَأَنَّهُ إِنْ رَهِقَ سَيِّدَهُ دَيْنٌ، فَإِنَّ غُرَمَاءَهُ لا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مَا عَاشَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ، وَلا دَيْنَ عَلَيْهِ، فَهُوَ فِى ثُلُثِهِ؛ لأَنَّهُ اسْتَثْنَى عَلَيْهِ عَمَلَهُ مَا عَاشَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْدُمَهُ حَيَاتَهُ، ثُمَّ يُعْتِقَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ، وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ، وَكَانَ ثُلُثَاهُ لِوَرَثَتِهِ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِالْمُدَبَّرِ بِيعَ فِي دَيْنِهِ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْتِقُ فِى الثُّلُثِ.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ لا يُحِيطُ إِلا بِنِصْفِ الْعَبْدِ، بِيعَ نِصْفُهُ لِلدَّيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر ليس لسيده أن يبيعه ولا له أن يحوله عن موضعه، يريد إزالة ما ثبت له من التدبير، فإن فعل ذلك وباعه، قال فى الموازية مالك: جاهلاً أو عامدًا أو ناسيًا، رد بيعه، ورجع مدبرًا كما كان.

وهذا ما لم يعتقه الذى اشتراه، فإن أعتقه قبل الفسخ، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: أن العتق نافذ غير مردود، والثانية: أن عقده باطل مردود.

وفى الموازية، قال ابن القاسم: كان مالك يقول فى المدبر، يبيعه سيده فيعتق: يرد عتقه ويعود مدبرًا، ثم قال: يمضى، وإن كتمه ذلك، ولا يرد إذا فات بالعتق أو بالموت. ونحوه فى كتاب ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك.

وجه القول الأول أن عقد التدبير عقد لازم، فلا ينقل بإزالة الملك عن وجه العتق كما لا ينقل بالهبة والبيع. ووجه آخر أن العتق هاهنا مرتب على البيع، فإذا لم يجز إبطال التدبير بالبيع لم يصح العتق.

ووجه القول الثانى أن العتق أقوى من التدبير، فوجب أن يبطل به كالمدبرة يطؤها

سيدها، فتحمل منه، أن التدبير يبطل بالاستيلاد الذى هو أقوى فى باب العتق منه.

فرع: فإذا قلنا إنه يفوت بالعتق، فقد قال مالك: لا شىء على البائع، والثمن سائغ له حلال، ورواه فى المزنية عيسى عن ابن القاسم.

وروى عبدالرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: يؤمر، ولو اشترى رجل المدبر، فأعتقه عن رقبة واجبة من ظهار أو غيره، ففى الموازية اختلف فيه، فقال ابن القاسم: يجزئه ولا يرجع بشىء.

وقال أشهب: لا يجزئه وينفذ عتقه، ولا شىء له على البائع، ولو اشتراه بشرط العتق لم يفت بالشراء. قال ابن المواز: ما لم يعتق، فإن عتق نفذ عتقه، والولاء للبائع بشرط العتق.

مسألة: ومن باع مدبرة، فحملت من المشترى، فهو فوت كالعتق، من الموازية.

ووجه ذلك أنه أثبت لها حكم العتق الواجب، فكان ذلك أقوى مما يرد إليه من التدبير كالعتق المؤجل.

مسألة: ولو مات المدبر عند المبتاع، ففى الموازية، قال سحنون: من باع مدبرًا على أنه عبد، فمات بيد المبتاع، فلينظر إلى ما بين قيمته عبدًا وقيمته مدبرًا، فمحله فى رقبته، ولا يقضى بذلك عليه.

قال مالك فى الموازية: فجعله فى عبد دبره، فإن لم يبلغ أعان به فى عتق. وروى عن سحنون فى موضع آخر: يرد ما بين القيمتين إلى المشترى.

وجه القول الأول أن ما صار إليه، قد كان استحق عليه بالتدبير المتضمن للعتق، فما ازداد على ذلك وجب أن يوجهه إلى مثل ما فات؛ لأنه إنما أخذه عما كان أعتق.

ووجه القول الثانى أن ما ازداده حق من حقوق المشترى، فيجب أن يرد إليه.

وفى المزنية عن محمد بن دينار والمغيرة: أن العبد إذا مات عند المشترى، فإنه لا يرجع على البائع بشىء، وهو بمنزلة عبد غير مدبر، وليس هذا من الفوت الذى يرجع عليه بما بين القيمتين، قال: لأن البائع يقول: ما لك ترجع علىَّ إن كنت ظالمًا، فإنما ظلمت نفسى.

يقول: إن المدبر إنما يدركه العتق إن عاش إلى أن يموت سيده، فإن مات قبل سيده،

فلم يدركه العتق، وأن السيد ممنوع من بيعه، وقد ظلم نفسه حين تعدى وباعه، وذلك لا يتعلق بالمشترى، والله أعلم.

مسألة: ولو باع السيد مدبره، فلم يرفع أمره حتى مات السيد، فقد روى عبدالرحمن ابن دينار، عن ابن كنانة فى المدنية: إن كان للسيد الذى باعه مال فسخ بيعه ورد إليه، وأخذ من ماله ثمنه، فدفع إلى المبتاع، وعتق منه ما بلغ ثلث مال الميت، ورق باقيه للورثة، وإن لم يكن فيه وفاء بدين المشترى مضى بيعه. قال عيسى: وقال ابن القاسم مثله.

فصل: فإن رهقه دين، فإن غرماءه لا يقدرون على بيعه ما دام سيده حيًا، يريد إن استحدث دينًا بعد التدبير، فإن ذلك لا ينقص التدبير فى حياة السيد لتعلق الدين بذمة باقيه، وأما إن كان الدين قبل التدبير، فإن للغرماء ما نقص التدبير؛ لأن العبد من أموالهم.

فصل: «**فإن مات سيده ولا دين عليه، فهو فى ثلثه**»، يريد أنه يعتق منه بقدر ثلث ماله، فإن حمله عتق جميعه، وإن لم يحمل إلا بعضه، لم يعتق منه إلا بذلك القدر، وإن لم يكن مال عبيده عتق ثلثه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وفقهاء الأمصار، خلافًا لمسروق والشعبى فى قولهما: إنه يعتق من رأس المال.

والدليل على صحة قول الجمهور أنه ليس له أن يعقد عقدًا يصرف فيه جميع ماله عن الورثة، ولا يلزم على هذا أم الولد، فإن ذلك لا يثبت لها بالعقد، وإنما يثبت بالاستيلاد، وهو أقوى من العقد، ولذلك لا تباع أم الولد للدين المتقدم فى حياة السيد ويباع المدبر، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وإذا مات المدبر، وعليه دين يحيط بالمدبر بيع فى دينه**»، يريد وإن كان دينًا استحدثه بعد التدبير؛ لأنه ليس للدين محل غير المدبر؛ لأن الذمة قد بطلت، وهذا كما يقول إن حقوق الغرماء تتعلق بالسلعة التى باعها صاحبها، ولم يقبض ثمنها بعد موت الغريم لعدم ذمته، ولا تتعلق بها فى حياته لبقاء ذمته، والله أعلم.

قال مالك: لا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ، وَلا يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يَشْتَرِيَهُ إِلا أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُدَبَّرُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ جَائِزًا لَهُ أَوْ يُعْطِيَ أَحَدٌ سَيِّدَ الْمُدَبَّرِ مَالا، وَيُعْتِقُهُ سَيِّدُهُ الَّذِى دَبَّرَهُ، فَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ أَيْضًا.

قال مالك: وَوَلاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي دَبَّرَهُ.

قال مالك: لا يَجُوزُ بَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدَبَّرِ؛ لأَنَّهُ غَرَرٌ إِذْ لا يُدْرَى كَمْ يَعِيشُ سَيِّدُهُ فَذَلِكَ غَرَرٌ لا يَصْلُحُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز لأحد أن يشترى المدبر نفسه، يريد أن يفتدى نفسه ويعطى عوضًا عن خدمته، وإن كانت مجهولة لما فى ذلك من تخلص رقبته وتعجل عتقه، ولا ينقض ذلك عقد التدبير ولا يبطل بل هو باق على حكمه، وإنما يسقط بما يدفعه العبد إلى سيده.

فإن كان للسيد عليه من الخدمة والرق، فإن قاطعه على تعجيل العتق بمال معجل قبضه سيده عتق مكانه ولا تباعة لأحد عليه، وإن قاطعه على تعجيل العتق بمال مؤجل أو حال، فمات العبد قبل قبضه فترك مالاً، فإنه حر ويتبع بالقطاعة.

رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية، وذلك أنه قد تعجل العتق وأزال عن نفسه الرق بمال يثبت فى ذمته.

فصل: وقوله: «**أو يعطى أحد سيد المدبر مالاً ويعتقه سيده الذى دبره**»، يريد أن أجنبيًا أعطاه مالاً على تعجيل عتقه، ولو أعطاه مالاً على أن يستخدمه الأجنبى بقية مدة الخدمة لم يجز؛ لأن ذلك عمل مجهول.

وهو الذى قال مالك: لا يجوز بيع خدمة المدبر؛ لأنه غرر لا يدرى كم يعيش سيده. وأما لو كان الاستئجار لمدة معلومة مأمونة، لجاز ذلك مثل أن يستأجره ليخدمه شهرًا أو سنة، فذلك جائز.

مسألة: وإن أجره مدة سنة، فقبض الإجارة ثم مات ولا مال له قبل أن يستخدمه المستأجر، ففى الموازية عن ابن القاسم: إن كان ما أخذ من إجارته يحيط برقبته، لم يتبع منه شىء، واستخدمه المستأجر سنة، ثم عتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

وإن كانت الإجارة لا تحيط برقبته بيع منه ثلثه، فرفع إلى المستأجر، ويستخدم المستأخر ثلثيه، فإن فضل من الثلث عن ثلث الأجرة شىء عتق.

قال محمد: أحب إلينا أن لايباع منه شىء، ولو كانت الإجارة دينارًا واحدًا، وثمنه واسعًا حتى تتم السنة، فعتق ثلثه. قال: لأنه لا يباع منه شىء لدين الإجارة إلا إن كان فى باقيه حجة لدين الإجارة.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيُدَبِّرُ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ: إِنَّهُمَا يَتَقَاوَمَانِهِ، فَإِنِ اشْتَرَاهُ الَّذِي دَبَّرَهُ كَانَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، انْتَقَضَ تَدْبِيرُهُ إِلا أَنْ يَشَاءَ الَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرِّقُّ أَنْ يُعْطِيَهُ شَرِيكَهُ الَّذِي دَبَّرَهُ بِقِيمَتِهِ، فَإِنْ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ بِقِيمَتِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَكَانَ مُدَبَّرًا كُلَّهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا كان بين شريكين، فدبر أحدهما حصته، ولا يقال بإذن شريكه ولا بغير إذنه، ففى الموازية عن مالك: يتقاومانه، فيكون رقيقًا كله أو مدبرًا كله، وهذه رواية الموطأ.

قال ابن المواز: وقال أيضًا مالك: إن شاء الآخر قوم عليه، وإن شاء قاومه. وقال أيضًا: إن شاء ترك نصفه مدبرًا، يريد ويتماسك هو بحصته على الرق، وكذلك لو دبر بإذن شريكه بقى نصفه مدبرًا، ولا حجة للعبد فى التقويم فاقتضى هذا أن التدبير هذا أن التدبير المذكور فى أصل المسألة كان بإذن الشريك، والله أعلم.

وجه القول بالمقاومة أنه قد أدخل فيه بعض الملك بما عقد فيه من العقد اللازم الذى يؤدى غالبًا إلى العتق، ولم يلزم أن يقوم عليه؛ لأنه عتق لم يكمل، ولم يلزم لزومًا ثابتًا، فإنه بما رق بعد الموت بالدين.

ووجه القول الثانى بالتخيير بين المقاومة والتقويم، أن النقص الذى أدخل عليه لما لم يكن محض العتق كان للشريك الخيار بين التقويم؛ لأنه دخل من جهة العتق وبين المقاومة؛ لأنه عتق لم يلزم بعد.

ووجه القول الثالث أن النقص لما لم يتقرر فيه العتق، وإنما هو بمنزلة العيب من غير عتق كان للشريك الرضا به أو التقويم.

وقد روى القاضى أبو محمد رواية رابعة: أنه لا يجوز إلا تقويم حصة الشريك على الذى دبر إذا كان موسرًا اعتبارًا بالعتق، إلا أن يشاء الشريك أن يدبر، فيكمل التدبير على حسب ما يكون فى العتق.

روى أشهب عن مالك فى الموازية: إن دبر بإذن شريكه أو بغير إذنه، ليس للمتمسك الرضا بذلك، ولابد من المقاومة. ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، قالا: لأنه حق للعبد.

مسألة: ولو دبر أحدهما حصته وأعتق الآخر نصيبه، قوم على المعتق وسقط ولاء

التدبير لضعفه، رواه ابن سحنون وغيره وكبراء أصحابنا، ولو كان العتق مؤجلاً، قوم عليه وعتق إلى ذلك الأجل، قاله عبدالملك وأشهب.

مسألة: ومن دبر بعض عبده يحمل عليه تدبير جميعه، قاله القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا؛ لأنه بعض عتق ما يملكه كالعتق البتل.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ نَصْرَانِيًّا، فَأَسْلَمَ الْعَبْدُ.

قال مالك: يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَبْدِ، وَيُخَارَجُ عَلَى سَيِّدِهِ النَّصْرَانِيِّ، وَلا يُبَاعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ، فَإِنْ هَلَكَ النَّصْرَانِيُّ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، قُضِيَ دَيْنُهُ مِنْ ثَمَنِ الْمُدَبَّرِ إِلا أَنْ يَكُونَ فِي مَالِهِ مَا يَحْمِلُ الدَّيْنَ، فَيَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن النصرانى إذا دبر عبده النصرانى، ثم أسلم العبد، فإنه انتهى إلى حكم بين مسلم ونصرانى ينظر فيه على حكم الإسلام، ولا يجوز بيع المدبر، فيلزم نماؤه على حكم التدبير، لكنه تزال يد السيد عنه ويخارج له؛ لأن الذى بقى له فيه منافعه، فيمنع من مباشرة استيفائها، ويباع من غيره من المسلمين فيستو فيها ويدفع إليه ثمنها.

فإن مات النصرانى عن دين يستغرق ماله بيع المدبر وقضى منه دينه، وإن لم يكن عليه دين أعتق فى ثلثه أو ما حمل منه ثلثه على حسب ما يفعل لو كان السيد مسلمًا لا فرق بينهما، إلا فى إزالة يده عنه ومنعه من استخدامه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أسلم عبد لنصرانى، فدبره النصرانى، ففى المزنية من رواية عبدالرحمن ابن دينار، عن أبى حازم: يباع عليه ولا ينفعه تدبيره؛ لأنه لا يجوز له ملكه حين أسلم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: لا يباع عليه ويحال بينه وبينه، ويخارج عليه، وإخراجه من يده يقوم مقام بيعه عليه وإبقاؤه على حكم العتق أفضل من بيعه؛ لأن ذلك رد له إلى الرق.

فإن مات النصرانى وخرج من ثلثه عتق عليه، وإن ترك دينًا يغترقه، بيع وقضى منه ثمنه، وكان بيعه الآن كبيعه يوم دبره، والله أعلم وأحكم.

* * *

جراح المدبر

١٤٩٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ أَنَّ لِسَيِّدِهِ أَنْ يُسَلِّمَ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، فَيَخْتَدِمُهُ الْمَجْرُوحُ، وَيُقَاصُّهُ بِجِرَاحِهِ مِنْ دِيَةِ جَرْحِهِ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَ أَنْ يَهْلِكَ سَيِّدُهُ، رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ.

الشرح: قوله: «أن المدبر إذا جرح، فإن على سيده أن يسلم ما يملك منه»، وهو خدمته وأما رقبته فقد تعلق بها حكم عتق لا يمكن إزالته فى حياة السيد، فإن افتكه فى الجناية، فهو على التدبير، وإن أسلمه خدم فى الجناية، فإن أدى أرشها بخدمته قبل وفاة السيد رجع إلى سيده على ما كان عليه من التدبير.

مسألة: ولو أن مدبرة حاملاً جرحت رجلاً، فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم: يخير سيدها إذا وضعت، فإن فداها، فهى على حكم التدبير، وإن أسلمها بغير ولد فخدمت فى الجرح، فإن أدت قبل موت سيدها رجعت إليه.

وإن لم تؤد حتى مات سيدها، وخرجت هى وولدها عن الثلث اتبعت ببقية الأرش، وإن ضاق الثلث عتق منها، ومن ولدها بالحصص وتبع ما عتق منها بحصته من ذلك، ويخير الورثة فى إسلام ما رق منها أو افتدائها بما عليها.

مسألة: وإن مات السيد عن دين، بيع منها ومن ولدها بقدر الدين وبيع منها خاصة بقدر دية الجرح.

قال مالك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، أَنَّهُ يُعْتَقُ ثُلُثُهُ، ثُمَّ يُقْسَمُ عَقْلُ الْجَرْحِ أَثْلاثًا، فَيَكُونُ ثُلُثُ الْعَقْلِ عَلَى الثُّلُثِ الَّذِي عَتَقَ مِنْهُ، وَيَكُونُ ثُلُثَاهُ عَلَى الثُّلُثَيْنِ اللَّذَيْنِ بِأَيْدِي الْوَرَثَةِ إِنْ شَاءُوا أَسْلَمُوا الَّذِي لَهُمْ فِيهِ إِلَى صَاحِبِ الْجَرْحِ، وَإِنْ شَاءُوا أَعْطَوْهُ ثُلُثَي الْعَقْلِ، وَأَمْسَكُوا نَصِيبَهُمْ مِنَ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ إِنَّمَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ مِنَ الْعَبْدِ، وَلَمْ يَكُنْ دَيْنًا عَلَى السَّيِّدِ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الَّذِي أَحْدَثَ الْعَبْدُ بِالَّذِي يُبْطِلُ مَا صَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ عِتْقِهِ وَتَدْبِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ مَعَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ بِيعَ مِنَ الْمُدَبَّرِ بِقَدْرِ عَقْلِ الْجَرْحِ وَقَدْرِ الدَّيْنِ، ثُمَّ يُبَدَّأُ بِالْعَقْلِ الَّذِي كَانَ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ،

١٤٩٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٢٣.

فَيُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ، وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ جِنَايَةَ الْعَبْدِ هِيَ أَوْلَى مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا هَلَكَ وَتَرَكَ عَبْدًا مُدَبَّرًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ وَمِائَةُ دِينَارٍ، وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ شَجَّ رَجُلا حُرًّا مُوضِحَةً عَقْلُهَا خَمْسُونَ دِينَارًا، وَكَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُونَ دِينَارًا.

قال مالك: فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالْخَمْسِينَ دِينَارًا الَّتِي فِي عَقْلِ الشَّجَّةِ، فَتُقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْتِقُ ثُلُثُهُ، وَيَبْقَى ثُلُثَاهُ لِلْوَرَثَةِ، فَالْعَقْلُ أَوْجَبُ فِي رَقَبَتِهِ مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَدَيْنُ سَيِّدِهِ أَوْجَبُ مِنَ التَّدْبِيرِ الَّذِي إِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ فِي ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَلا يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ شَيْءٌ مِنَ التَّدْبِيرِ، وَعَلَى سَيِّدِ الْمُدَبَّرِ دَيْنٌ لَمْ يُقْضَ، وَإِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ [النساء: ١٢].

قال مالك: فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِ الْمَيِّتِ مَا يَعْتِقُ فِيهِ الْمُدَبَّرُ كُلُّهُ عَتَقَ، وَكَانَ عَقْلُ جِنَايَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَقْلُ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا جرح ثم هلك سيده، وليس له مال غيره، يريد ولا دين عليه، فإنه يعتق عليه، فيكون على المعتق منه ثلث العقل، ويخير الورثة فيما رق منه، وهو ثلثاه، بين أن يفتكوا ثلثى العقل أو يسلموه.

وذلك أن الجناية لم تتعلق بذمة السيد، وإنما تعلقت بالعبد، والعبد لا يملك منه فى حياة سيده إلا خدمته، فتعلقت بذلك الجناية، وبعد سيده، هو من الثلث.

فإن عتق ثلثه، فثلث الدية عليه؛ لأنها دية تعلقت بجزء، فتعلقت بذمته، وإذا استرق ثلثاه تعلقت الجناية بالثلثين تعلقها بالعبد، فصار الثلث له فى الجناية حكم الأحرار، وللثلثين حكم العبد.

فصل: وقوله: «**فإن كان على السيد دين بيع منه للجناية والدين**»، إلى آخر الفصل، يريد أن ما تقدم من عتق الثلث وتخيير الورثة فى تسليم الثلثين، حكمه حكم من لا دين على سيده.

وأما إن كان على سيده دين لم يترك مالاً غير المدبر، فإنه يباع منه للدين، وإذا بيع للدين والجناية مقدمة عليه، وجب أن يباع لها، وإنما جاز أن يباع المدبر فى الدين؛ لأن له حكم الوصية.

وقد قال الله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١]، ولا خلاف بين المسلمين أن الدين من جميع المال، والمدبر له حكم ثابت بالوصية، فاختص بالثلث، فكان الدين مقدمًا عليه، وإنما كان تأثير الدين فى بيع المدبر أقوى من تأثير الجناية، لما اختص الدين ببيع المدبر دون الجناية؛ لأن الدين ليس له محل غير جهة السيد، ولم يبق منها غير العبد.

وأما الجناية فتتعلق برقبة المدبر تارة وتارة بذمته وتارة بخدمته، فكان للدين من التأثير فى وجوب البيع ما لم يكن للجناية ولا غيرها.

فإذا ثبت ذلك، وبيع للجناية والدين غرم الدين؛ لأنه تختص بتلك العين، فإذا اقتضيا جميعًا وفضلت من العبد فضلة، عتق ثلث تلك الفضلة، ورق للورثة ثلثاها.

فصل: فإن كان ثلث الميت ما يعتق فيه المدبر، وذلك لا يكون إلا بعد أداء ما على سيده من الدين عتق من ثلث السيد، واتبع بأرش الجناية فى ذمته، وذلك أنه قد تبين أن تعلق الجناية به تعلقها بالأحرار، فاختصت بذمته، وإن كانت دية كاملة.

مسألة: إذا قتل المدبر سيده، فلا يخلو أن يقتله عمدًا أو خطأ، فإن قتله عمدًا، ففى كتاب ابن المواز: لا يعتق فى ثلث مال ولا دية، ويباع ولا يتبع بشىء.

ووجه ذلك ما تقدم فى المواريث أن القاتل لا يرث؛ لأنه أراد أن يستعجل الميراث بقتل موروثه فمنعه، وهذا أراد أن يستعجل تدبيره بقتل سيده، فمنعه فإذا لم يعتق من مال ولا دية استرق، وإذا استرق لم يتبع بشىء؛ لأن العبد لا يتبع بما جنى على سيده، ولا يتبع سيده بما جنى عليه.

مسألة: وإن قتله خطأ عتق فى المال دون الدية من الموازية؛ لأنه قد تعجل بقتل الخطأ فمنع الانتفاع بالدية لوجوبها عليه.

وَقَالَ مَالِك فِى الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ رَجُلا، فَأَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَتْرُكْ مَالا غَيْرَهُ، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: نَحْنُ نُسَلِّمُهُ إِلَى صَاحِبِ الْجُرْحِ، وَقَالَ صَاحِبُ الدَّيْنِ: أَنَا أَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ: إِنَّهُ إِذَا زَادَ الْغَرِيمُ شَيْئًا، فَهُوَ أَوْلَى

بِهِ، وَيُحَطُّ عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ قَدْرُ مَا زَادَ الْغَرِيمُ عَلَى دِيَةِ الْجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَزِدْ شَيْئًا لَمْ يَأْخُذِ الْعَبْدَ.

الشرح: وهذا على ما قال، فإن المدبر إذا جرح وأسلمه سيده، ومات وعليه دين، فينازع في المدبر المجنى عليه والغرماء، فالمجنى عليه أولى به؛ لأنه لا محل لجنايته غير العبد والغرماء محل ديونهم ذمة السيد.

فقدم المجنى عليه لاختصاصه بالعبد، إلا أن يزيد الغرماء على أرش الجناية شيئًا يحط عن المتوفى به بعض دينه، ويكون الغرماء أحق بدين العبد بأرش الجرح.

وبالزيادة فيدفع إلى المجنى عليه أرش جرحه ويحط عن الميت من دين الغرماء ما عليه بقدر تلك الزيادة؛ لأن قيمة العبد قد زادت بالزيادة على أرش الجناية.

فلا مضرة في ذلك على المجنى عليه؛ لأنه يأخذ أرش جرحه وينحط بالزيادة عن المتوفى بعض دينه؛ لأن المتوفى لو سلم أرش الجرح لكان له التمسك بالعبد.

فإذا كان في فعل الغرماء ذلك منفعة له في تخفيف دينه كان ذلك لغرمائه، والله أعلم وأحكم.

وقَالَ مَالِك فِي الْمُدَبَّرِ: إِذَا جَرَحَ، وَلَهُ مَالٌ، فَأَبَى سَيِّدُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهُ، فَإِنَّ الْمَجْرُوحَ يَأْخُذُ مَالَ الْمُدَبَّرِ فِي دِيَةِ جُرْحِهِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ وَفَاءٌ اسْتَوْفَى الْمَجْرُوحُ دِيَةَ جُرْحِهِ، وَرَدَّ الْمُدَبَّرَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَفَاءٌ اقْتَضَاهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ وَاسْتَعْمَلَ الْمُدَبَّرَ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المدبر إذا جرح، وله مال ولم يفتده سيده، فإنه يقتضى أرش الجرح من مال المدبر ويرد إلى سيده، وإنما كان ذلك؛ لأن عقد التدبير لازم لا ينقض، ولا يخرج عنه المدبر، إلا بأمر لابد منه، ولما كان للمدبر مال يؤدى منه أرش جنايته لم ينقض عقد تدبيره، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في جراح أم الولد

قَالَ مَالِك فِي أُمِّ الْوَلَدِ تَجْرَحُ: إِنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ ضَامِنٌ عَلَى سَيِّدِهَا فِي مَالِهِ إِلا أَنْ يَكُونَ عَقْلُ ذَلِكَ الْجَرْحِ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ، فَلَيْسَ عَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يُخْرِجَ

أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ إِذَا أَسْلَمَ غُلامَهُ أَوْ وَلِيدَتَهُ بِجُرْحٍ أَصَابَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَثُرَ الْعَقْلُ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَطِعْ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِمَا مَضَى فِي ذَلِكَ مِنَ السُّنَّةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَخْرَجَ قِيمَتَهَا، فَكَأَنَّهُ أَسْلَمَهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جِنَايَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن أم الولد إذا جنت، فإن على سيدها أن يؤدى من ماله أرش جنايتها إلا أن يكون أرش الجناية أكثر من قيمتها، فليس عليه إلا قيمتها لأنها لو كانت أمة لكان له تسليمها، فلما لم يكن له ذلك لعقد العتق الذى لا يصح نقضه إلى رق، ولا استخدام، ناب عن ذلك إخراج قيمتها؛ لأنه بدل من رقبتها.

والفرق بينها وبين المدبرة أن للسيد استخدام أم الولد، على المشهور من قول مالك؛ فلذلك جاز أن يسلم خدمة المدبرة، ولا يسلم خدمة أم الولد.

ووجه آخر أن أم الولد لا تسترق بوجه، والمدبرة قد تسترق لدين أو يسترق بعضها لضيق الثلث، فلذلك جاز أن يسلم خدمة المدبرة، لأن ذلك قد يؤدى إلى اقتضاء أرش الجناية من ثمنها، إن مات سيدها عن دين، ولم يكن له أن يسلم أم الولد؛ لأنه لا يصح استرقا بدين ولا غيره، فلا يتأدى أرش الجناية من جهتها بوجه، والله أعلم.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القسامة

تبدئة أهل الدم فى القسامة

١٥٠٠ - مَالِك، عَنْ ابن أَبِى لَيْلَى[1] بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِى حَثْمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رِجَالٌ مِنْ كُبَرَاءِ قَوْمِهِ[2] أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ مِنْ جَهْدٍ أَصَابَهُمْ، فَأُتِىَ مُحَيِّصَةُ، فَأُخْبِرَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ وَطُرِحَ فِى فَقِيرِ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ، فَأَتَى يَهُودَ، فَقَالَ: أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ، فَقَالُوا: وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، فَأَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ، فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ، ثُمَّ أَقْبَلَ هُوَ

١٥٠٠ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٩٢، مسلم فى القسامة والمحاربين والقصاص والديات ١٦٦٩، الترمذى فى الديات ١٤٢٢، النسائى فى القسامة ٤٧٠٩، ٤٧١٠، ٤٧١١، ٤٧١٢، ٤٧١٣، ٤٧١٤، ٤٧١٥، ٤٧١٧، أبو داود فى الديات ٤٥٢٠، ٤٥٢٣، ابن ماجه فى الديات ٢٦٧٧، أحمد فى مسند المدنيين ٢٧٧٥١، الدارمى فى الديات ٢٣٥٣.

(١) قال ابن عبد البر: اختلف فى اسم أبى ليلى هذا فقيل اسمه عبدالله بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل بن أبى حثمة. وقيل: عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل، وقيل: داود بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل. وقال فيه ابن إسحاق: أبو ليلى عبدالله بن سهل بن عبدالرحمن بن سهل بن أبى حثمة. انظر التمهيد ٩/١٨٦.

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى، عن مالك فى هذا الحديث: عن أبى ليلى بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل، عن سهل أنه أخبره رجال من كبراء قومه؛ وتابعه على ذلك ابن وهب، وابن بكير وليس فى روايتهم ما يدل على سماع أبى ليلى من سهل بن أبى حثمة. وقال ابن القاسم، وابن نافع، والشافعى، وأبو المصعب، ومطرف، عن مالك فيه أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه. وقال القعنبى، وبشر بن عمر الزهرانى فيه عن مالك، عن أبى ليلى أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه، وذلك كله - وإن اختلف لفظه - يدل على سماع أبى ليلى من سهل ابن أبى حثمة. ورواية التنيسى لهذا الحديث نحو رواية ابن القاسم، والشافعى. انظر التمهيد ١٨٦/٩.

وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ، فَذَهَبَ مُحَيِّصَةُ لِيَتَكَلَّمَ، وَهُوَ الَّذِي كَانَ بِخَيْبَرَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَبِّرْ كَبِّرْ» يُرِيدُ السِّنَّ، فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ، وَإِمَّا أَنْ تُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ» فَكَتَبَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ، فَكَتَبُوا: إِنَّا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: «أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟» فَقَالُوا: لا، قَالَ: «أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟» قَالُوا: لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمُ الدَّارَ. قَالَ سَهْلٌ: لَقَدْ رَكَضَتْنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ.

قَالَ مَالِك: الْفَقِيرُ هُوَ الْبِئْرُ.

١٥٠١ – قال يحيى: مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ الأَنْصَارِيَّ وَمُحَيِّصَةَ بْنَ مَسْعُودٍ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ، فَتَفَرَّقَا فِي حَوَائِجِهِمَا، فَقُتِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ، فَقَدِمَ مُحَيِّصَةُ، فَأَتَى هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ لِمَكَانِهِ مِنْ أَخِيهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَبِّرْ كَبِّرْ» فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةُ، فَذَكَرَا شَأْنَ عَبْدِ الرحمن بْنِ سَهْلٍ، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ؟» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ نَشْهَدْ، وَلَمْ نَحْضُرْ لهم. فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا؟» فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ نَقْبَلُ

١٥٠١ – أخرجه البخارى فى الصلح ٢٧٠٢، مسلم فى القسامة والمحاربين والقصاص والديات ١٦٦٩، الترمذى فى الديات ١٤٢٢، النسائى فى القسامة ٤٧١٠، ٤٧١٤، ٤٧١٥، ٤٧١٦، ٤٧١٧، أبو داود فى الديات ٤٥٢٠، ٤٥٢٣، أحمد فى مسند المدنيين ٢٧٧٥١، الدارمى فى الديات ٢٣٥٣. البيهقى فى الكبرى ١١٨/٨، عن سهل بن أبى حثمة. البغوى فى شرح السنة ٢١٥/١٠، عن سهل بن أبى حثمة.

قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة عن مالك فى إرسال هذا الحديث، وقد رواه حماد بن زيد، وسفيان بن عيينة، والليث بن سعد، وعبدالوهاب الثقفى، عن يحيى بن سعيد، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبى حثمة؛ وبعضهم يجعل مع سهل بن أبى حثمة رافع بن خديج جميعا عن النبى ﷺ وكلهم يجعله عن سهل بن أبى حثمة مسندا. انظر: التمهيد ٢٨٩/٩.

أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارٍ. قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَزَعَمَ بُشَيْرُ بْنُ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَدَاهُ مِنْ عِنْدِهِ.

الشرح: قوله: **«أن محيصة أتى فأخبر أن عبدالله بن سهل قد قتل»** يحتمل أن يكون أخبره من عاين قتله من أهل العدل، ومن غير أهل العدل، أو يكون أخبره بذلك من وجده مقتولاً، ولم يعاين من قتله، ويحتمل أن يكون بقى عبدالله بن سهل قائمًا يتكلم فيه، ويقول: قتلنى يهود، ووصف بأنه قتيل بمعنى أنه قد أنفذت مقاتله.

وقد روى أبو قلابة أن نفرا من الأنصار تحدثوا، فخرج رجل منهم بين أيديهم فقيل، فخرجوا بعده، فإذا بصاحبهم يتشحط فى الدم، وذكر حديث القسامة، وفيه تبدئة المدعى عليهم بالأيمان.

وقد قال مالك: إن القسامة لا تكون إلا بأحد أمرين، إما أن يقول المقتول دمى عند فلان، فإنه يوجب القسامة عند مالك خلافًا لأبى حنيفة والشافعى، تعلق مالك ومن نصر مذهبه فى ذلك بخبر الحارثيين، وأن النبى ﷺ قضى فى ذلك بالقسامة، وما ليس فيه أمر قاطع على أن المقتول، قال: دمى عند فلان ولا على أنه شهد بقتله شاهد. والحديث محتمل.

وقد روى بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة «أن رسول الله ﷺ قال لهم: «تأتون بالبينة على من قتله، قالوا: ما لنا، فقال: أتحلفون؟» فيحتمل أنهم أرادوا ما لنا بينة نستحق بها القصاص، وإن كان لهم لوث تستحق به القسامة.

وقد أشار قوم من أصحابنا إلى التعلق بالعداوة، وأن لها تأثيرًا فى إيجاب القسامة، ففى النوادر: وقد قال بعض أصحابنا: ولم يدع النبى ﷺ الحارثيين إلى الأيمان حتى ادعوا على اليهود القتل، وكان بينهم وبين اليهود عداوة ظاهرة، وأمر قوى دعواهم.

قال ابن المواز: فإن قيل قد يدعى المقتول على بعض من يعاديه، ولم يكن قتله قبل العداوة يزيد فى الظنة واللطخ، ويقوى قوله مع الأيمان، يريد أنه لا يقصد إلى قتله إلا عدو، وأنه لا عدو أعدى إليه من قاتله فجعل أيضًا للعداوة تأثيرًا فى حكم القسامة.

وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم، قال: ويوجبها ما يدل على أن القتل بأمرين، مثل أن يرى متلطخًا بدم جاء من مكان كان فيه القتيل ليس فيه معه غيره، فعلى هذا يمكن هذا يكون عبدالله بن سهل وجد مقتولاً، وبالقرب منه جماعة من اليهود، وليس

بذلك المكان غيرهم، وبه من أثر سرعة القتل ما يقتضى أن القاتل له لم يبعد منه.

وقد ذهب أبو حنيفة والثورى وجماعة من أهل الكوفة أن الموجب للقسامة فى قصة عبدالله بن سهل أنه وجد مقتولاً بخيبر، ومن وجد القتيل بمحلة قوم، وبه أثر جرح، فهو لوث.

وقال مالك: لا يوجب ذلك قودًا ولا دية ولا قسامة، ولو كان ذلك لم يشأ قوم أذية قوم إلا ألقوا قتيلاً بمحلتهم، يريد أنه يمكن أن يقتله غيرهم، وإذا أمكن ذلك بل هو الأظهر كان من يقتله لا يتركه بحيث يتهم هو به ما أمكنه ذلك، فيجب أن لا يكون ذلك شبهة، توجب عليهم حكمًا.

فصل: وقوله: **«وإنه طرح فى فقير بئر أو عين»** الفقير الحفير يتخذ فى السرب الذى يصنع للماء تحت الأرض يحمل فيه الماء من موضع إلى غيره، فيعمل عليه أفواه كأفواه الآبار منافس على السرب بتلك الآبار، هى الفقر واحدها فقير، وقد يكون ذلك الماء محمولاً فى السرب من بئر أوعين.

فصل: وقوله: **«فأما يهود، فقال: أنتم والله قتلتموه»** يقتضى بذلك أحد أمرين، أحدهما: أنه قد يتقن ذلك بخبر مخبر أو مخبرين، وبما اقترن بذلك من شواهد الحال، والثانى أنه أضاف ذلك إلى ظنه ومعتقده، وما يقتضيه الحال، فأراد أنتم والله قتلتموه، فيما أعتقده، فقالت يهود: «والله ما قتلناه»، مقابلة لإتيانه بالنفى، ويمنيه بيمين، تضادهما لا على يمين مختصة توجب عليهم حكمًا؛ ولأن يمينهم ينفى عنهم حكمًا لأنها يمين لم يقبض ولا استوفاها طالب ولا مطالب، ولابد فى الأيمان التى توجب الحقوق أن ينفيها من أن يقتضها مستحقها، وإلا لم يثبت عليهم حكمًا.

فصل: وقوله: **«فأقبل حتى قدم على قومه»** يريد بالمدينة، وقومه بنو حارثة من الأنصار، **«فذكر لهم ذلك»** يريد شأن عبدالله بن سهل وما جرى عليه وما عنده فى ذلك **«فأقبل هو وأخوه حويصة»** وهما من بنى حارثة وعبه الله وعبدالرحمن بن سهل من بنى حارثة أيضًا، قال: **«وهو أكبر منه»** يريد أن حويصة أكثر من محيصة **«فذهب محيصة يتكلم لأنه كان هو الذى شهد بخيبر»** إذ جرى من أمر عبدالله بن سهل ما جرى، وعنه يؤثر ما يتكلم به أمره، فلذلك أراد أن يباشر الكلام فى ذلك.

فقال له رسول الله ﷺ: **«كبر كبر»** يريد والله أعلم يتولى الكلام معه ﷺ أسنهم، وإما لفضيلة بالسن مع تساويهم فى غير ذلك، أو لفضيلة عليهم غير ذلك مع السن إلا

أن الفضائل غير السن أمر غير مقطوع به ولا ظاهر، ويمكن بالتداعى فيه، وفضله لا ينكر.

فصل: وقوله: **«فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة»** يحتمل أن يريد أنه تكلم حويصة بجملة الأمر ثم تكلم محيصة بتفاصيله لما شهد، ويحتمل أن يكون حويصة تكلم بمعظمه، وأن محيصة أكمل ما نسى منه، أو لم يكن أخبر به ثم ذكره محيصة فاستوفاه.

فصل: وقوله: **«فقال رسول الله ﷺ: إما أن تودوا صاحبكم وأما أن تأذنوا بحرب»** يحتمل أن يريد بقوله: **«أن تودوا صاحبكم»** إعطاء الدية لأنه جرى فى كلام الحارثيين أنهم طلبوا الدية دون القصاص، ويحتمل أنهم لم يكونوا ادعوا حينئذ قتله عمدًا، ويحتمل أنهم لما لم يعينوا القتل، وإنما قالوا: إن بعض يهود قتله، ولا يعرف من هم، لم يلزم فى ذلك قصاص، وإنما يلزم فيه الدية كالقتيل بين الصفين، لا يعرف من قتله، ولا يقول: دمى عند فلان، ولا يشهد بمن قتله، فإن ديته على الفرقة المنازعة له دون قسامة.

لذلك لم يذكر أن النبى ﷺ حكم بالقسامة فى هذا المقام، ولعل هذا كان يكون الحكم إن لم يقطع يهود بأنها لم تقتل، ولم تنف ذلك عن أنفسها، وتقول: لا علم لنا، وإنما أظهر فى المقام ما يجب من الحق إن لم يقع النفى للقتل الموجب للقسامة أن عليهم أن يؤدوا الدية، فإن امتنعوا من الواجب عليهم فى ذلك، فلابد من محاربتهم فى ذلك حتى يؤدوا الحق، ويلتزموا من ذلك حكم الإسلام.

فصل: وقوله: **«فكتب إليهم رسول الله ﷺ فى ذلك»** يعنى، والله أعلم، فى إعلامهم بما فعله محيصة فى شأن عبدالله بن سهل، وبحكمه فى ذلك، **«فكتبوا: إنا والله ما قتلناه»**، وذلك يقتضى نفيهم القتل عن جميعهم، وقطعهم على ذلك، ولم يكن يدعى القتل على أن القاتل من جملتهم إلا أنه غير معين منهم.

فصل: وقوله: **«فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبدالرحمن أتحلفون»** بمعنى أنهم عصبته القائمون بدمه، فأما عبدالرحمن فأخوه، وهو أحق بأمره إلا أن ولى الدم إذا كان واحدًا، نظر من يحلف معه من عصبته لأنه لا يحلف فى دم العمد أقل من اثنين.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على ذلك قوله ﷺ لجماعة: «تحلفون» ولا خلاف أن أخاه عبدالرحمن هو ولى الدم.

ومن جهة المعنى أن أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة، فكما لم يكف من البينة فى الدماء أقل من اثنين، فكذلك لا يكفى من الحالفين أقل من اثنين.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وأظهر من ذلك عندى من جهة المعنى أن القسامة لما كانت تتناول الدم في الجهتين، احتاج أن يحتاط للدماء في الجهتين، فاحتيط من جهة القتيل، أن قبل في ذلك ما لا يقبل في الأموال من اللوث، عند مالك قول المقتول: دمي عند فلان، وعند ابن عبدالحكم أن يوجد القاتل بقرب المقتول، وليس هناك من يمكن أن يتوجه ذلك إليه غيره، فاحتيط لدم المدعي عليه القتل بأن يحلف من أولياء القتيل أكثر من واحد، وأن يحلفوا خمسين يمينًا، احتياطًا للمدعى عليه القتل لئلا يسرع إلى قتل من بينه وبين الأولياء عداوة، ففي الأغلب أن الاثنين لا يتفقان على ذلك في الظلم.

وقد جعل الله ذلك حدًا لمن يخاف منه الزلل، فقال تعالى: **﴿فإن يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾** [البقرة: ٢٨٢]، وجعل الأيمان تكرر على سبيل التغليظ، فيما يراد التحرز له من الجانبين فجعلت الأيمان في اللعان أربعة، واللفظ الخامس على معنى التحقيق والتغليظ، وهذه الأيمان هي أيمان القسامة.

وقد اتفق العلماء على صحة الحكم بها في الدماء، إلا ما يروى عن قوم من المتقدمين ممن وقع الاتفاق والإجماع على مخالفته في ذلك. والأصل في صحة القسامة هذا الحديث المتقدم، وأمر النبي ﷺ للحارثيين بالأيمان، فقال لهم: **«تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»**.

فصل: وقوله: **«أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»** يحتمل إن أتيتم ما يوجب ذلك، فلما قالوا: **«لا نحلف»**، كان نكولاً، ولما قالوا: **«لم نشهد ولم نحضر»** كان إظهارًا لعدم ما يوجب القسامة.

وقوله: **«وتستحقون دم صاحبكم»** يحتمل أن يريد مما يجب لهم في دم صاحبكم المقتول، ويحتمل أن يريد دم صاحبكم الذى تدعون عليه القتل، أو الذى يجب عليه القتل بأيمانكم.

وفي حديث سليمان بن يسار: «وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم» فأظهر احتمال الوجهين، يحتمل أن يريد بالصاحب القتيل، فيكون ذلك على الشك في اللفظ، فإذا قلنا المراد به دم القاتل، وإنما ادعوا على جماعة يهود بقول محيصة: أنتم والله قتلتموه، يحتمل أن يكون أولاً لم يتعين له قاتله، وإنما تعلق قتله عنده بواحد أو جماعة

من اليهود ثم يعين له القاتل بعد ذلك، ويحتمل أن يكون لم يتعين له قاتل غير أنه حكم النبى ﷺ أنه يستحق بالقسامة دم رجل واحد.

ولا خلاف في المذهب أنه يستحق بالقسامة مثل القاتل، خلافًا للشافعى فى قوله: لا يستحق بالقسامة القصاص، وإنما تستحق به الدية.

والدليل على ما نقول، قوله ﷺ: «وتستحقون دم صاحبكم» فنص على أن المستحق هو الدم، ولا خلاف أنه أظهر فى القصاص. ومن جهة المعنى أنها حجة يثبت بها الدم كالشهود.

مسألة: ولا خلاف أنه لا يستحق بالقسامة إلا قتل رجل واحد، خلافًا للشافعى فى أحد قوليه. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم».

ومن جهة المعنى أن القسامة أضعف من الإقرار والبينة وفى قتل الواحد ردع، قاله القاضى أبو محمد.

فرع: وإذاقلنا: لا يقتل إلا واحد، فهل يقسم على واحد أو على جماعة، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقسم إلا على واحد، سواء ثبتت القسامة بدعوى الميت أو بلوث أو بينة على القتل أو بينة على الضرب ثم عاش أيامًا. وقال أشهب: إن شاءوا أقسموا على واحد أو على اثنين أو على أكثر أو على جميعهم، ثم لا يقتلون إلا واحدًا ممن أدخلوه فى قسامتهم.

وجه القول الأول أن القسامة فائدتها القصاص من المدعى عليه القتل، فلا معنى للقسامة على من لا يقتل، ولا تؤثر القسامة فيه حكمًا.

ووجه القول الثانى أن القسامة إنما هى قدر الدعوى محققة لها، ولا يجوز أن يكون فى بعضه، فإذا وجب لهم القصاص بالقسامة المطابقة لدعواهم كان لهم حينئذ تعيين من يقتص منه، لأن القسامة قد تناولته.

فرع: إذا قلنا إنه إنما يقسم على الواحد، فإنهم يقولون فى القسامة لمات من ضربه، ولا يقولون من ضربهم، رواه ابن عبدوس وابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك فيقبل ذلك، ويحلف الباقون خمسين يمينًا، ويحبسون عامًا.

فصل: وقولهم: «لا» بمعنى لا نحلف، يحتمل أن يكون تنزها عن الأيمان مع تيقنهم قتله، ويحتمل أن يكون امتناعًا من الأيمان لما لم يعلموا، ولا تيقنوا مقتضاها.

وفي رواية سليمان بن يسار «أن النبي ﷺ لما قال لهم: أتحلفون، قالوا: لم نشهد ولم نحضر» وهذا ظاهر الامتناع من أن يقسموا على أمر لم يقع لهم العلم به، فأقرهم النبي ﷺ على ذلك، فثبت بذلك صحة امتناعهم، وذلك أن الأيمان في القسامة عند مالك على القطع والبت دون العلم.

ورواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وأشهب، قال سحنون في المجموعة: لأن العلم قد ينال بالمعاينة والسماع كما أن الصغير إذا أخبره شاهدان بتركه أبيه، جاز له تصديقهما، ثم يدعي ذلك، وأما القسامة فقد قامت السنة أن النبي ﷺ عرض الأيمان على من لم يحضر بما ثبت من لطخهم.

فصل: وقوله ﷺ: **«أتحلف لكم يهود؟»** يحتمل أن يكون على وجه رد الأيمان على المدعى عليهم حين نكول المدعين، وهي السنة عند مالك والشافعي أن يبدأ المدعون بالأيمان، فإن نكلوا ردت على المدعى عليهم.

وقال أبو حنيفة: يبدأ المدعى عليهم بالأيمان، فإن أقسموا برئوا، وإن نكلوا ردت على المدعي.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم «أن النبي ﷺ قال للحارثيين: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم، قالوا: لا، قال: فتحلف لكم يهود».

قال القاضي أبو محمد: فلنا من هذا الحديث دليلان، أحدهما: أنه بدأ المدعين بالأيمان، والثاني: أنه نقلها عند نكولهم إلى المدعى عليهم.

وقد روى أبو قلابة أن النبي ﷺ بدأ المدعى عليهم بالأيمان، وهو حديث مقطوع، وما رواه مسند من رواية أهل المدينة.

ومن جهة المعنى أن اليمين إنما يثبت في إحدى الجنبتين، واللوث، وهو الشاهد العدل قد قوى جهة المدعين، فثبتت الأيمان في جنبتهم.

فصل: وقولهم: **«يا رسول الله ليسوا بمسلمين»** على معنى إظهار عداوتهم واستباحتهم قتلهم ورضاهم بالأيمان الحانثة لا على معنى أن لهم غير هذا من الحقوق، وأن أيمان الكفار لا تبرئهم بما ادعى عليهم، أو ردت الأيمان فيه عليهم. ولو كان ذلك لقضى على اليهود، ولكنه عدل ﷺ إلى أن تفضل على الحارثيين، وأعطاهم من بيت المال دية قتيلهم حين لم يثبت في الحكم شيء.

فصل: وقول سهل: **«لقد ركضتني منها ناقة حمراء»** على معنى إظهار تبيينه للحديث، ومشاهدته للكثير منه، وذلك لما جرى فيه من الأحوال التي يذكر بها أمر الدية، وإن لم يتعلق بها الحكم، والله أعلم.

فصل: وقوله في حديث بشير بن يسار: **«أتحلفون خمسين يمينًا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم»** تحديد للأيمان وحصرها بعد، يقتضي اختصاص القسامة به.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، وَالَّذِي سَمِعْتُ مِمَّنْ أَرْضَى فِي الْقَسَامَةِ، وَالَّذِي اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الأَئِمَّةُ فِي الْقَدِيمِ وَالْحَدِيثِ أَنْ يَبْدَأَ بِالأَيْمَانِ الْمُدَّعُونَ فِي الْقَسَامَةِ، فَيَحْلِفُونَ، وَأَنَّ الْقَسَامَةَ لا تَجِبُ إِلا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ إِمَّا أَنْ يَقُولَ الْمَقْتُولُ: دَمِي عِنْدَ فُلان، أَوْ يَأْتِيَ وُلاةُ الدَّمِ بِلَوْثٍ مِنْ بَيِّنَةٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَاطِعَةً عَلَى الَّذِي يُدَّعَى عَلَيْهِ الدَّمُ، فَهَذَا يُوجِبُ الْقَسَامَةَ لِلْمُدَّعِي الدَّمَ عَلَى مَنِ ادَّعَوْهُ عَلَيْهِ، وَلا تَجِبُ الْقَسَامَةُ عِنْدَنَا إِلا بِأَحَدِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ.

قال مالك: وَتِلْكَ السُّنَّةُ الَّتِي لا اخْتِلافَ فِيهَا عِنْدَنَا، وَالَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ أَنَّ الْمُبَدَّئِينَ بِالْقَسَامَةِ أَهْلُ الدَّمِ، وَالَّذِينَ يَدَّعُونَهُ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ.

قال مالك: وَقَدْ بَدَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْحَارِثِيِّينَ فِي صَاحِبِهِمِ الَّذِي قُتِلَ بِخَيْبَرَ.

الشرح: قوله: **«الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة أن يبدأ بالأيمان المدعون ويستحقوا ما يوجب أيمانهم»** يريد أن ولاة الدم إذا أتوا بلوث يوجب القسامة كان لهم أن يحلفوا، ويستحقوا ما يوجب أيمانهم من القصاص والدية، وليس للمدعى عليهم القتل أن يحلفوا، ويبرءوا إلا أن ينكل ولاة الدم عن الأيمان، فحينئذ ترد الأيمان على المدعى عليهم.

فصل: وقوله: **«والقسامة لا تجب إلا بأحد أمرين أما أن يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي ولاة الدم بلوث من بينة»** وقد قال الشيخ أبو إسحاق: تجب القسامة بوجوه أربعة، الوجه الأول المذكور، والثاني: أن يشهد الضرب والجرح شاهدان مرضيان، ثم يقيم المضروب أو المجروح بعد ذلك أيامًا ثم يموت، والثالث: أن يشهد شاهد مرضي أن فلانًا قتل فلانًا، والرابع: أن يشهد اللوث أو أهل البدو على قتيل، فينقسم مع قولهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن من اللوث الذى يكون به القسامة اللفيف من السواد والنساء والصبيان يحضرون ذلك ومثل الرجلين أو النفر غير العدول، هذا القول ليس بمخالف لقول مالك الأول لأن القسامة فى الثلاثة داخلة تحت القسم الذى قال فيه مالك: أو يأتى بلوث بينة.

وقد زاد ابن عبدالحكم قسمًا خامسًا، وهو أن ينظر إلى القاتل يوجد المقتول بقربه، ولم يروه قتله، ورواه ابن وهب عن مالك فى النوادر. وذكر القاضى أبو محمد فى معونته قسمًا سادسًا فى فئتين اقتتلتا، فوجد بينهما قتيل فيها، روايتان إحداهما: أن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله فيقتلونه. والأخرى: لا قسامة فيه.

قال: وجه الرواية الأولى أنه يغلب على الظن لحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما، فكان ذلك لوثًا يوجب القسامة لأوليائه.

ووجه الرواية الثانية أن القسامة لا تكون إلا مع لوث فى مشار إليه معين، وهذا أصل هذه المسألة، فإن اللوث إذا تعلق بمعين أثر فى القسامة، وإذا لم يتعلق بمعين، وإنما تعلق بجماعة على أن القاتل منهم، واحد لا يتيقن أو آحاد غير معينين، فهل يؤثر فى القسامة أم لا، على الروايتين اللتين ذكرناهما.

مسألة: فأما قول المقتول: دمى عند فلان، فهو عند مالك فى الجملة لوث يوجب القسامة، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

وقد استدل أصحابنا فى ذكره بقوله تعالى: **﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾** [البقرة: ٦٧] الآية، ففى المجموعة والموازية: قال مالك: وما ذكره الله سبحانه وتعالى من شأن البقرة التى ضرب القتيل بلحمها، فحيى فأخبره عمن قتله، دليل على أنه سمع من قول الميت، فإن قيل إن ذلك آية، قيل إنما الآية فى إحيائه، فإذا صار حيًا لم يكن كلامه آية.

وقد قبل قوله فيه، وهذا مبنى على أن شريعة من قبلنا شريعة لنا إلا ما ثبت نسخة.

واستدل أصحابنا على ذلك أيضًا بما روى هشام بن زيد عن أنس أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها فقتلها بحجر، فجيء بها إلى النبى ﷺ، وبها رمق، فقال: «أقتلك فلان، فأشارت برأسها أن لا، ثم قال الثانية، فأشارت برأسها أن نعم»، وهذا

الحديث رواه قتادة عن أنس، فزاد فيه: فأتي به النبي ﷺ فلم يزل به حتى أقر، فرض رأسه بالحجارة.

واستدلوا من جهة المعنى بأن الغالب من أحوال الناس عند الموت أن لا يتزودون من الدنيا قتل النفس التي حرم الله، بل يسعى إلى التوبة والاستغفار والندم على التفريط ورد المظالم، ولا أحد أبغض إلى المقتول من القاتل، فمحال أن يتزود من الدنيا سفك دم حرام يعدل إليه ويحقن دم قاتله. وهذا عمدة ما يتعلق به أصحابنا في هذا المسألة وهي مسألة فيها نظر، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا قلنا إن قول المقتول: إن دمي عند فلان، قتلني عمدًا، وله تأثير في القسامة، فإنه إن ادعى رجل على رجل أنه شجه أو ضربه ضربًا، زعم أنه يخاف منه على نفسه، وقد عرفت بينهما عداوة، فقد قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا يحبس بقوله، إلا أن يأتي بلطخ بين وشبهة قوية، أو يكون المدعي بحال يخاف منها الموت، وقد يحرص على معرة عدوه بالسجن بأن يجرح نفسه.

فرع: فإذا مات، وقد قال: فلان قتلني أو جرحني أو ضربني، ففي كتاب ابن المواز: فيه القسامة. قال أشهب: وكذلك لو قال: دمي عند فلان أو فلان أصابني، وهذا إذا ثبت قول الميت بشهادة شاهدين، فإذا لم يكن إلا شاهد واحد، قال ابن المواز: فقد اختلف فيه قول مالك، وقال عبدالملك، يقسم مع شهادته، وقال ابن عبدالحكم: لا يقسم إلا مع شهادة شاهدين، وبه قال ابن المواز، واحتج لذلك بأن القسامة إنما تكون حيث يكون اليمين مع الشاهد. وقال ابن القاسم في العتبية: إن الميت كشاهد، فلا يثبت قوله إلا شاهدين، فيقسم حينئذ.

وجه القول الأخر أن قول المقتول: دمي عند فلان، معنى يؤثر في القسامة، فثبت حكمه بالشاهد الواحد لقتل القتيل.

فرع: ويكتفى في ذلك بقوله: فلان قتلني، وإن لم يكن به أثر جرح ولا ضرب ولا وصف ضرب ولا غيره، ويجب بذلك القسامة، وراه ابن حبيب عن مالك وجميع أصحابه في العمد والخطأ.

وكذلك لو قال: سقاني سمًا، والسم أشد وأوجأ قتلاً، وهو أعلم بمبلغ ذلك، وأثبت من معرفته بمبلغ الجرح منه، فيكون فيه القسامة، ولا يبالي تقيأ منه أولم يتقيأ.

قال: وقد قتل النبي ﷺ اليهودية التي سمّت له الشاة، فمات منها ابن معرور. قال

مالك: ويقتل من سقى السم. وقال أصبغ فيمن قربت إليه امرأته طعامًا فلما أكله تقيأ مكانه إمعاءه، فلما أيقن بالموت قال: اشهدوا أنها امرأته وخالتها، ومات مكانه، فأقرت امرأته أن ذلك الطعام جاءته به خالتها، وإذا ثبت قوله بشهادة شاهدين، فليقسم ولاته على إحدى المرأتين، ولا ينتفع الزوجة قولها: أتتنى به خالتي وتضرب الأخرى مائة وتحبس سنة.

مسألة: وسواء كان القائل دمي عند فلان عمدًا فاسقًا أو غير فاسق، فإن القسامة تثبت بقوله في العمد والخطأ. رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة، واحتج لذلك ابن المواز بأنه لم يتقبل قوله حتى يكون عدلاً لم يقسم مع قول المرأة.

وقد قال ابن القاسم: يقسم مع قول المرأة دمي عند فلان. وروى ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية: لا يقسم مع قول الصبي دمي عند فلان. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك مثل ذلك، وزاد: إلا أن يكون قد راهق وأبصر وعرف فيقسم مع قوله.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: ولا يقسم مع قوله الذمي ولا غيره، ولا قول عبد على عبد، قاله ابن المواز، وقال: لأنهم لا يحلفون على القسامة. قال القاضي أبو محمد: وإنما جوزنا ذلك للفاسق؛ لأنه الأيمان لا تراعى فيها العدالة.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا عندي فيه نظر لأنه ينتقض بالكافر والعبد، فإن الأيمان تصح منهم ولا يؤثر قولهم في القسامة اللهم إلا أن يريد بقوله إن أيمان القسامة لا تراعى فيها العدالة، فيسلم حينئذ. قال: وإنما قلنا يعتبر فيه الإسلام لأن غير الإسلام لا قسامة فيه كالمستأمن.

وقد روى ابن حبيب كابن القاسم، وقد قال في النصراني، يقول دمي عند فلان المسلم: ولاته يحلفون ويستحقون الدية، وذكره عن مالك، وأنكر ذلك مطرف وابن الماجشون، ولم يعرفاه لمالك، ولا لأحد من علمائهم، وإنما قال مالك: إن قام شاهد على قتله حلف ولاته يمينًا واحدة، وأخذوا الدية من مال القاتل في العمد، ومن عاقلته في الخطأ، وقاله ابن عبدالحكم وأصبغ.

وقال ابن نافع: ولا تحمل العاقلة دية النصراني لأنها تستحق بشاهد ويمين ولا تحمل العاقلة ما تستحق بيمين واحدة، وإنما شرطنا أن يكون حرًا لأن العبد مال، فلا قسامة فيه كسائر الحيوان.

مسألة: وأما اللوث، فهو عند مالك الشهد العدل على معاينة القتل.

ووجه ذلك أنه يقوى جنبة المدعين وله تأثير فى نقل اليمين إلى جنبة المدعين فى الحقوق ما روى عن النبى ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد، وبهذا قال مالك، وأخذ به ابن القاسم وابن وهب وابن عبدالحكم.

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم: أن شهادة المرأتين لوث يوجب القسامة، ولا يوجب ذلك الشهادة امرأة واحدة.

وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك: يقسم مع الشاهد غير العدل ومع امرأة. وقال ابن المواز: ولم يختلف قول مالك وأصحابه: إن العبد والصبى والذمى ليس بلوث.

فوجه القول الأول أن الشاهد معنى يقوى جنبه المدعين، فتثبت لها اليمين، فاعتبرت فيه العدالة كالشاهد بالدين.

ووجه رواية أشهب، وهو اختياره. أنه لوث فلم تعتبر فيه العدالة، كالذى يقول دمى عند فلان لأن كل من ثبتت له القسامة بقوله دمى عند فلان، فإنها تثبت بشهادته كالعدل.

مسألة: وأما العبيد والصبيان. فالمشهور من المذهب أن الشاهد منهم لا يكون لوثًا. قال ابن المواز: لم يختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه، وذكر القاضى أبو محمد معونته أن من أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثًا، وبه قال ربيعة ويحيى بن سعيد الأنصارى، وزاد شهادة اليهودى والنصرانى والمجوسى.

وجه القول الأول أن العبد والصبى لا مدخل لهما فى أيمان القسامة، فلا تأثير لشهادة شاهدهم فيها كالمجنون.

ووجه القول الثانى أنهما من المسلمين العقلاء، فكان لشهادتهم تأثير فى القسامة كالعدول.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن المواز: إنما يقسم مع شهادة الواحد فى معاينة القتل إذا ثبت معاينة القتل، فيشهد على موته ويجهلا قاتله كما عرف موت عبدالله بن سهل.

قال ابن الماجشون: لأن الموت يفوت والجسد لا يفوت. وقال أصبغ: ينبغى أن لا يعجل السلطان فيه بالقسامة حتى يكشف، فلعل شيئًا أثبت من هذا، فإذا بلغ القضاء

الاستيناء، قضى بالقسامة مع الشاهد وبموته، وتعتد زوجته وأم ولده، وتنكح، وقد قيل يقتل قاتله بالقسامة، ولا يحكم بالتوريث فى زوجته ورقيقه، وهذا ضعيف، واختار ابن حبيب قول أصبغ.

مسألة: وهذا فى القتيل على وجه غير الغيلة، فأما ما قتل غيلة، فقد قال ابن المواز: إن شهد عدل أنه قتله غيلة لم يقسم مع شهادته، ولا يقبل فى هذا إلا شاهدان. قال الشيخ أبو محمد: ورأيت ليحيى بن عمر أنه يقسم معه.

قال مالك: فَإِنْ حَلَفَ الْمُدَّعُونَ اسْتَحَقُّوا دَمَ صَاحِبِهِمْ، وَقَتَلُوا مَنْ حَلَفُوا عَلَيْهِ، وَلا يُقْتَلُ فِى الْقَسَامَةِ إِلا وَاحِدٌ لا يُقْتَلُ فِيهَا اثْنَانِ يَحْلِفُ مِنْ وُلاةِ الدَّمِ خَمْسُونَ رَجُلا خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ قَلَّ عَدَدُهُمْ أَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ، رُدَّتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ إِلا أَنْ يَنْكُلَ أَحَدٌ مِنْ وُلاةِ الْمَقْتُولِ وُلاةِ الدَّمِ الَّذِينَ يَجُوزُ لَهُمُ الْعَفْوُ عَنْهُ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدٌ مِنْ أُولَئِكَ، فَلا سَبِيلَ إِلَى الدَّمِ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا تُرَدُّ الأَيْمَانُ عَلَى مَنْ بَقِىَ مِنْهُمْ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِمَّنْ لا يَجُوزُ لَهُمُ الْعَفْوُ عَنِ الدَّمِ وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا، فَإِنَّ الأَيْمَانَ لا تُرَدُّ عَلَى مَنْ بَقِىَ مِنْ وُلاةِ الدَّمِ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنِ الأَيْمَانِ، وَلَكِنِ الأَيْمَانُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، فَيَحْلِفُ مِنْهُمْ خَمْسُونَ رَجُلا خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغُوا خَمْسِينَ رَجُلا، رُدَّتِ الأَيْمَانُ عَلَى مَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ أَحَدٌ يَحْلِفُ إِلا الَّذِى ادُّعِىَ عَلَيْهِ، حَلَفَ هُوَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِئَ.

الشرح: قوله: «**يحلف من ولاة الدم خمسون رجلاً خمسين يمينًا**» يحتمل أن يريد أنه إن كان الولاة أكثر من خمسين، حلف منهم خمسون، فتكون «من» للتبعيض، ويحتمل أن يريد به يحلف من هذا الجنس خمسون، فتكون من للجنس إذا كان ولاة الدم خمسين، فلا خلاف أن جميعهم يحلف وإن كان أكثر من خمسين، فقد حكى القاضى أبو محمد فى ذلك روايتين، إحداهما: يحلف منهم خمسون، خمسين يمينًا. والرواية الثانية: يحلف جميعهم.

والذى ذكر ابن عبدوس وابن المواز من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك يحلف خمسون. وقال المغيرة وأشهب وعبدالملك: فإن كانوا أكثر من خمسين، وهم فى

العقد سواء، ففى الموازية كالإخوة وغيرهم، فليس عليهم أن يحلف منهم إلا خمسون، وهذا المشهور من المذهب فى كتب المغاربة من المالكيين، وإنما اختلفوا إذا كان الأولياء خمسين، فأرادوا أن يحلف منهم رجلان خمسين يمينًا، ففى المجموعة عن عبدالملك: لا يجزئهم ذلك، وهو كالنكول. وقال ابن المواز: ذهب ابن القاسم إلى أن يمين رجلين منهم خمسين يمينًا يجزئ وينوب عمن بقى.

قال محمد: وقول ابن القاسم صواب؛ لأن أهل القسامة تجزئ أيمان بعضهم عن بعض، ولو لم يجوز ذلك لم يقل أشهب إن كانوا ثلاثين يحلفون يمينًا يمينًا، ثم يحلف عشرون منهم عشرين يمينًا، ولو كانوا مائة متساوين أجزأ يمين خمسين. قال: إذا تشاح الأولياء، ولم يرضوا أن يحمل بعضهم عن بعض، فلابد من قول أشهب، وبه قال ابن القاسم.

فرع: وهذا إذا كان إمساك من أمسك عن اليمين يحمل ذلك عنه. وأما إن امتنع عن اليمين، فتسقط الدية، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولا يحلف فى القسامة على قتل العمد أقل من اثنين، قاله مالك فى المجموعة والموازية. قال ابن القاسم: كأنه من ناحية الشهادة إذ لا يقتل بأقل من شاهدين. قال أشهب: وقد جعل الله لكل شهادة رجل فى الزنا يمينًا من الزوج فى التعانه.

قال عبدالملك: ألا ترى أنه لا يحلف النساء فى العمد لأنهن لا يشهدون فيه، وإنما عرضها النبى ﷺ على جماعة، والجماعة اثنان فصاعدًا، قال الله تعالى: ﴿**فإن كان له إخوة فلأمه السدس**﴾ [النساء: ١١].

وأصل هذا ما روى عن النبى ﷺ أنه قال للحارثيين: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وإنما كان ولى الدم رجلاً واحدًا، وهو عبدالرحمن بن سهل أخو المقتول عبدالله بن سهل، وإنما كان حويصة ومحيصة ابنى عم، فلما علق النبى ﷺ الأيمان بجماعتهم، ولم يقصرها على ولى الدم، كان الظاهر أنها لا تثبت إلا فى حكم الجماعة، وأقل الجماعة اثنان.

وقد نص عليه ابن الماجشون واحتج عليه بآية الميراث: ﴿**فإن كان له إخوة فلأمه السدس**﴾ ولا خلاف أن الأخوين يحجبان الأم عن الثلث إلى السدس كما يفعل الثلاثة من الإخوة ولا يحجبها الأخ الواحد لأن اسم الإخوة لا يتناوله.

فرق: والفرق بين ولاة القتيل لا يقسم منهم أقل من اثنين، ويقسم من جنبة القاتل واحد، وهو القاتل أن جنبة القتيل إذا عدم منهم اثنان، وبطلت القسامة فى جنبته، فرجعت فى جنبة القتل، فإن لم يكن معه من يحلف معه من جهتهم كان للطالب بالدم ما يرجع إليه، وهو أيمان القاتل وأوليائه، ولو لم يقبل من القاتل، وقد يعدم أولياء يحلفون معه، لم يكن له ما يرجع إليه فى تبرئة نفسه.

مسألة: فإذا كان ولاة الدم اثنين، حلف كل رجل منهم خمسًا وعشرين يمينًا، وليس لأحدهما أن يتحمل عن صاحبه شيئًا من الأيمان، قاله ابن المواز عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه لا يجوز أن يحلف أحد فى العمد أكثر من خمسين وعسرين يمينًا.

وقال ابن الماجشون: ولهما أن يستعينا بمن أمكنهما من العصبة، ويبدأ بيمين الأقرب، فالأقرب، يحلفون بقدر عددهم مع المعينين، فإن حلف الأولياء أكثر مما ينوبهم فى العدد مع المعينين، جاز ذلك، وإن حلف المعينون أكثر لم يجز ذلك.

ووجه ذلك عند أنه نوع من النكول، وأما إذا تساووا على حسب العدد أو كانت أيمان الولاة أكثر، فإنها على وجه العون للولاة ولو حلف أحد الوليين، خمسًا وعشرين ثم استعان الآخر بأربعة وعشرين من العصبة لم يجزه أن يحلف إلا ثلاثة عشر يمينًا لأن المعينين تتوجه معونتهم إليه، وإلى صاحبه كما لو حلفوا قبل أن يحلف الولى الأول.

مسألة: فإن كان الدم واحدًا، جاز له أن يستعين من العصبة بواحد وأكثر من ذلك ما بينه وبين خمسين رجلاً. والأصل فى ذلك ما روى أبو قلابة أن رسول ﷺ قال للحارثيين اللذين ادعيا على اليهود: «أتحلفون وتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم» فكان الظاهر أن هذا العدد لا يزاد عليه؛ لأن عدد الأنصار كان أكثر من ذلك، وتكون بينهم على ما تقدم من التفسير.

فصل: وقوله: **«فإن قل عددهم أو نكل بعضهم ردت الأيمان عليهم»** يريد إن قل عدد المعينين من العصبة أو نكل بعضهم، فإن كانوا من اثنين، فنكل بعضهم عن معونة الولى، فإن من بقى مع الولى ترد عليهم الأيمان حتى يستوفوا خمسين يمينًا، فلا تبطل القسامة بنكول بعض المعينين من العصبة مع بقاء الولى أو الأولياء عن القيام بالدم والمطالبة به.

ولو نكل الولى لم يكن للمعينين القسامة ولا المطالبة بالدم، وكذلك لو كان الأولياء جماعة، فنكل واحد منهم لم يكن لغيرهم قسامة فى المشهور من المذهب، لأنه لا قسامة لغيرهم وترد الأيمان على المدعى عليهم.

وجه القول الأول أنهم لما تساووا في الحق لم يكن نكول بعضهم مؤثرًا في سقوط حق الباقين. أصله قتل الخطأ.

ووجه الرواية الثانية أن الحق لجماعتهم وليس بعضهم بأولى من بعض بإثباته، وهو لا يتبعض.

فرع: قال القاضي أبو محمد في العصبة، وأما البنون والإخوة، فرواية واحدة أن من نكل منهم ردت الأيمان على المدعى عليهم.

ووجه ذلك أن البنين والإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس، فكان لقرابتهم مزية، والله أعلم، وترد الأيمان على المدعى عليهم.

وفي العتبية وغيرها لابن القاسم ورواية عن مالك: إذا نكل ولاة الدم عن القسامة، ثم أرادوا أن يقسموا لم يكن ذلك لهم إن كان نكولاً بينا، ومن نكل عن اليمين، فقد أبطل حقه.

ووجه ذلك أن نكول من يجب عليه اليمين توجب رد اليمين على المدعى عليه كالمدعي حقًا يشهد له شاهد، فينكل عن اليمين مع شاهده، قال: اليمين ترد على المدعى عليه.

مسألة: وإذا حلف الأولياء مع المعينين لهم من العصبة بدئ بالولي، ولا يبدأ بأيمان المعينين لهم، قاله في المجموعة والموازية ابن القاسم، قال: وإنما يعين الولي من قرابته منه معروفة يلتقي معه إلى جد يوارثه، فأما من هو من عشيرته من غير نسب معروف، فلا يقسم كان للمقتول أو لم يكن.

فصل: وقوله: **«ولكن ترد الأيمان على المدعى عليهم فيحلف منهم خمسون رجلاً»** يريد أنه يحلف الجماعة في النكول كما يحلف الجماعة في الدعوى لأن أيمان القسامة لما لم يحلف فيها إلا اثنان، فما زاد من المدعى عليهم.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أنه لا يحلف إلا المدعى عليه وحده بخلاف المدعي. وقال مطرف: لأن الحالف المدعى عليه إنما يبرئ نفسه.

ووجه رواية ابن القاسم ما روى أبو قلابة عن النبي ﷺ أنه قال للمدعين: «أترضون خمسين يمينًا من اليهود ما قتلوه»، فاقتضى ذلك أن القسامة مختصة بهذا العدد، ولا يزاد عليه لأن اليهود كانوا أكثر من خمسين.

ومن جهة المعنى أنه لما جاز أن يحلف مع ولى الدم المدعى له غيره، جاز أن يحلف مع المدعى عليه المنكر له غيره.

ووجه آخر أن الدماء مبنية على هذا، وهو أن يتحملها غير الجانى مع الجانى كالدية فى قتل الخطأ، فإن الأيمان لما كانت خمسين، وكانت اليمين الواحدة لا تتبعض لم يجز أن يكون الحالفون أكثر من خمسين.

مسألة: فإذا قلنا يحلف غيره من عصبته، فقد قال ابن القاسم، ورواه هو وابن وهب عن مالك: يحلف خمسون من أولياء المقتول خمسين يمينًا، وإن لم يكن منهم من يحلف إلا اثنان حلفا خمسين يمينًا، وبرئ المدعى عليه، ولا يحلف هو معهم، فيحلف هو بعضها وهم بعضها.

فإن لم يوجد من يحلف من عصبته إلا واحد لم يحلف معه، وحلف المدعى عليه وحده خمسين يمينًا، وقال عبدالملك: يحلف هو ومن يستعان به من عصبته على السواء، وله أن يحلف هو أكثر منهم، فإن لم يوجد من يعينه حلف هو وحده خمسين يمينًا. قال محمد: قول ابن القاسم أشبه بقول مالك فى موطئه، وإنما أراد محمد قول مالك: يحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يمينًا.

فصل: وقوله: «**خمسين يمينًا**» وجه ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينًا». ومن جهة المعنى أن الأيمان المردودة يعتبر بعدتها فيما انتقلت عنه كأيمان الحقوق، فكذلك الأيمان الثانية فى الخمسين، فإن عددها فيهما سواء كأيمان اللعان.

فصل: وقوله: «**فإن لم يبلغوا خمسين رجلاً ردت عليهم الأيمان**» يحتمل أن يريد به إن لم يكن من يجوز أن يحلف من أولياء القاتل من يبلغ خمسين رجلاً، يريد وكان من وجد منهم اثنان فزائد، ردت الأيمان على من وجد منهم حتى يستوفوا خمسين يمينًا.

قال ابن الماجشون فى الواضحة: لهم أن يستعينوا بولاتهم وعصبتهم وعشيرتهم كما كان ذلك لولاة المقتول، وقاله المغيرة وأصبغ.

وقال مطرف عن مالك: لا يجوز للمدعى عليهم، واحدًا كانوا أو جماعة، أن يستعينوا بمن يحلف معهم كما يفعل ولاة المقتول لأنهم إنما يبرؤون أنفسهم، وقد تقدم ذكره.

ويحتمل أن يريد به، فإن لم يبلغ الذين يحلفون بالأيمان معه خمسين رجلاً لأن غيره ممن كان يصح أن يحلف معه أبوا من ذلك، فإن الخمسين يمينًا ترد على من تطوع بذلك.

فصل: وقوله: **«فإن لم يجد المدعى من يحلف، حلف وحده خمسين يمينًا وبرئ»** والفرق بين الأيمان والحالفين أن الأيمان لا ضرورة تدعو إلى التبعيض فيها عن العدد المشروع، وقد يعد فى الأغلب عدد الحالفين.

وقوله: **«وبرئ»** يريد برئ من الدم وعليه جلد مائة وسجن عام، قاله مالك وابن القاسم، وإن أبى أن يحلف، سجن حتى يحلف.

وفى النوادر: وقد ذكر ابن القاسم فيه عن مالك قولاً لم يصح عند غيره أن المدعى عليهم إذا ردت عليهم الأيمان فنكلوا، فالعقل عليهم فى مال الجارح خاصة ويقتص منه فى الجرح، يريد فيمن ثبت جرحه، واحتيج إلى القسامة أنه من ذلك الجرح مات.

وقال القاضى أبو محمد فى المدعى عليه القتل وأتى المدعون بما يوجب القسامة، ونكلوا عن اليمين: حلف المدعى عليه القتل، وتسقط عنه الدعوى، فإن نكل، ففيها روايتان، إحداهما: يحبس إلى أن يحلف، والثانية، تلزمه الدية فى ماله، وأراه أشار لرواية ابن القاسم.

فرع: فإذا قلنا إنه يحبس إلى أن يحلف، فإن حبس وطال حبسه، فقد روى القاضى أبو محمد: يخلى سبيله. وفى العتبية والموازية: يحبس حتى يحلف، قال ابن المواز: فقد اتفقوا على أن هذا إن نكل سجن أبدًا حتى يحلف.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ الْقَسَامَةِ فِي الدَّمِ وَالأَيْمَانِ فِى الْحُقُوقِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا دَايَنَ الرَّجُلَ، اسْتَثْبَتَ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ، وَأَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَرَادَ قَتْلَ الرَّجُلِ لَمْ يَقْتُلْهُ فِى جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا يَلْتَمِسُ الْخَلْوَةَ.

قَالَ: فَلَوْ لَمْ تَكُنِ الْقَسَامَةُ إلا فِيمَا تَثْبُتُ فِيهِ الْبَيِّنَةُ وَلَوْ عُمِلَ فِيهَا كَمَا يُعْمَلُ فِى الْحُقُوقِ، هَلَكَتِ الدِّمَاءُ، وَاجْتَرَأَ النَّاسُ عَلَيْهَا إِذَا عَرَفُوا الْقَضَاءَ فِيهَا، وَلَكِنْ إِنَّمَا جُعِلَتِ الْقَسَامَةُ إِلَى وُلاةِ الْمَقْتُولِ يُبَدَّءُونَ بهَا فِيهَا لِيَكُفَّ النَّاسُ عَنِ القتل الدَّمِ، وَلِيَحْذَرَ الْقَاتِلُ أَنْ يُؤْخَذَ فِى مِثْلِ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْمَقْتُولِ.

قَالَ يَحْيَى: وَقَدْ قَالَ مَالِك فِى الْقَوْمِ يَكُونُ لَهُمُ الْعَدَدُ يُتَّهَمُونَ بِالدَّمِ، فَيَرُدُّ وُلاةُ

الْمَقْتُولِ الأَيْمَانَ عَلَيْهِمْ، وَهُمْ نَفَرٌ لَهُمْ عَدَدٌ أَنَّهُ يَحْلِفُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَلا تُقْطَعُ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ عَدَدِهِمْ، وَلا يَبْرَءُونَ دُونَ أَنْ يَحْلِفَ كُلُّ إِنْسَانٍ عَنْ نَفْسِهِ خَمْسِينَ يَمِينًا.

قال مالك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

قَالَ: وَالْقَسَامَةُ تَصِيرُ إِلَى عَصَبَةِ الْمَقْتُولِ، وَهُمْ وُلاةُ الدَّمِ الَّذِينَ يَقْسِمُونَ عَلَيْهِ وَالَّذِينَ يُقْتَلُ بِقَسَامَتِهِمْ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الفرق بين القسامة وأيمان الحقوق أن الرجل إذا داين استظهر لحقه بالوثائق والبينة أهل العدل.

فإذا ترك ذلك، فمن تضييعه له، والمقتول إنما يلتمس قاتله موضع خلوته، وحيث يعدم من يراه، فكيف يستظهر بأهل العدل، ولا علم عند أهل المقتول بذلك، فلا يمكنه الاستظهار بالبينة، ولا استحضار من يشهد له، ولو لم يتصرف إلا ببينة لقل تصرفه، وامتنع من منافعه ومكاسبه، وسجن نفسه، وتعذر عليه عيشه، فلذلك جعل قوله، عند مالك: دمي عند فلان، مؤثرًا في القسامة، وجعل الأيمان إلى ولاته، وهذا الفرق إنما يعود إلى قبول المدعي: دمي عند فلان، وبين قوله: لي عنده عشر دنانير.

ويحتمل عندي وجها آخر من الفرق، وهو أن قول المدعي: دمي عند فلان، إنما يشهد للغيره لأنه إنما يستحق ذلك بعد موته، فإنما يشهد لولاته، وقول القائل: لي عند فلان درهم أو دينار، شهادته لنفسه لأنه يستحق، هو المطالبة به في حياته، فلذلك لم يقبل قوله.

فصل: وقوله: **«في القوم يتهمون بالقتل، ترد عليهم الأيمان فإن كل إنسان منهم يحلف خمسين يمينًا»** قال مالك في الموازية: لأن كل واحد منهم يحلف عن نفسه؛ إذ لعله الذي كان يقسم عليه. قال عبد الظاهر في المجموعة والموازية والواضحة: ولكل واحد منهم أن يستعين في أيمانه بمن شاء من عصبته إلى أن يكون على كل واحد خمسون يمينًا.

قال ابن المواز: وقاله عبدالملك، وإن كانوا مفترقين، فلا يستعين أحد بغير عصبته، وإن كانوا من فخذ واحد، جاز أن يستعين أحدهم بقوم يستعين بهم الثاني، ثم يستعين بهم الثالث إن كان المدعى عليهم ثلاثة، ولا يجوز أن يجمع أحدهم في يمين واحدة

تبرئة الثلاثة فيقول ما فعله فلان وفلان ولكن تفرد اليمين عن كل واحد منهم.

* * *

ما جاء فيمن تجوز قسامته في العمد من ولاة الدم

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا يَحْلِفُ فِى الْقَسَامَةِ فِى الْعَمْدِ أَحَدٌ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وُلاةٌ إِلا النِّسَاءُ، فَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ فِى قَتْلِ الْعَمْدِ قَسَامَةٌ وَلا عَفْوٌ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِى الرَّجُلِ يُقْتَلُ عَمْدًا: أَنَّهُ إِذَا قَامَ عَصَبَةُ الْمَقْتُولِ أَوْ مَوَالِيهِ، فَقَالُوا: نَحْنُ نَحْلِفُ وَنَسْتَحِقُّ دَمَ صَاحِبِنَا، فَذَلِكَ لَهُمْ.

قال مالك: فَإِنْ أَرَادَ النِّسَاءُ أَنْ يَعْفُونَ عَنْهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُنَّ الْعَصَبَةُ وَالْمَوَالِى أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْهُنَّ؛ لأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ اسْتَحَقُّوا الدَّمَ وَحَلَفُوا عَلَيْهِ.

قال مالك: وَإِنْ عَفَتِ الْعَصَبَةُ أَوِ الْمَوَالِى بَعْدَ أَنْ يَسْتَحِقُّوا الدَّمَ، وَأَبَى النِّسَاءُ، وَقُلْنَ لا نَدَعُ دَمَ صَاحِبِنَا، فَهُنَّ أَحَقُّ وَأَوْلَى بِذَلِكَ؛ لأَنَّ مَنْ أَخَذَ الْقَوَدَ أَحَقُّ مِمَّنْ تَرَكَهُ مِنَ النِّسَاءِ وَالْعَصَبَةِ إِذَا ثَبَتَ الدَّمُ وَوَجَبَ الْقَتْلُ.

الشرح: قوله: **«لا يحلف فى قسامة العمد أحد من النساء»** يريد أنه لا يقسم إلا الأولياء من الرجال ومن له تعصيب. وأما من لا تعصيب له من الخؤولة وغيرهم، فلا قسامة لهم، وإذا كان للقتيل أم، فإن كانت معتقة أو أعتق أبوها أو جدها، أقسم مواليها فى العمد، قاله ابن القاسم فى الموازية، والمجموعة.

وإن كانت أمه من العرب، فلا قسامة فى عمده. قال محمد: لأن العرب خؤولته ولا ولاية للخؤولة، ومن شهد شاهد عدل بقتله عمدًا. وقال: دمى عند فلان، ولم يكن له عصبة، وكان له من الأقارب نساء أو خؤولة، فإنه لا قسامة فيه، ويحلف المدعى عليهم القتل.

فصل: وقوله: **«ليس للنساء قسامة»** على ما تقدم وقوله: **«لا عفو»** يريد قبل القسامة، وأما بعد القسامة إذا أقسم العصبة، فقد قال مالك: إن عفا النساء، وقام بالدم العصبة أو عفا العصبة، وقام بالدم النساء، فمن أراد القود أولى ممن تركه لأن الدم إذا ثبت فقد أوجب القتل.

قال مالك: لا يُقْسِمُ فِى قَتْلِ الْعَمْدِ مِنَ الْمُدَّعِينَ إلا اثْنَانِ فَصَاعِدًا، فَتُرَدُّ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَحْلِفَا خَمْسِينَ يَمِينًا، ثُمَّ قَدِ اسْتَحَقَّا الدَّمَ، وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**لا يقسم فى قتل العمد من المدعين إلا اثنان فصاعدًا**» يريد أنه إن لم يوجد من يستحق أن يحلف من الأولياء إلا واحد، فإن الأيمان لا تثبت فى جنبتى القتيل، ولكن ترد على القاتل، فيحلف وحده، بأن لم يوجد من يحلف معه. والفرق بينه وبينه أن جنبة القتل لا يحلف لإثبات الدم إلا اثنان.

وفى جنبة القاتل يحلف لنفى الدم واحد أن جنبة القتل إذا تعذرت القسامة فيها لم يبطل الحق لأن رد الأيمان على جنبة القاتل فيه استيفاء حقهم، وجنبة القاتل لو لم تقبل أيمانه وحده مع كثرة وجود ذلك لم يكن لما فاته من الحق بدل يرجع إليه لأن الأيمان ترد إلى جنبة القتيل بانتقالها إلى جنبة القاتل، والله أعلم.

قال مالك: وَإِذَا ضَرَبَ النَّفَرُ الرَّجُلَ حَتَّى يَمُوتَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ، قُتِلُوا بِهِ جَمِيعًا، فَإِنْ هُوَ مَاتَ بَعْدَ ضَرْبِهِمْ كَانَتِ الْقَسَامَةُ، وَإِذَا كَانَتِ الْقَسَامَةُ لَمْ تَكُنْ إلا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يُقْتَلْ غَيْرُهُ، وَلَمْ نَعْلَمْ قَسَامَةً كَانَتْ قَطُّ إلا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ.

الشرح: وهذا على ما قال أن النفر إذا ضربوا رجلاً حتى مات تيقن أن موته من ضربهم قتلوا به. وفى العتبية من سماع ابن القاسم، فيمن ضرب رأس رجل فأقام مغمورًا لا يفيق وقامت بينة بضربه، فقال: إذا لم يفق، فلا قسامة، وإنما القسامة فيمن أفاق أو أطعم أو فتح عينه أو تكلم وما أشبه ذلك ونحوه، قال مالك فى الموازية، وقال ابن حبيب: خلا به أهله أو لم يخل لا قسامة فيه إذا لم يفق.

وقال أشهب: إذا مات تحت الضرب أو بقى مغمورًا لم يأكل ولم يشرب ولم يتكلم ولم يفق حتى مات، فلا قسامة فيه، فإن تكلم أو شرب أو فتح عينه وشبه ذلك، فلابد من القسامة فى العمد والخطأ.

قال: وكذلك إن قطع فخذه، فعاش يومه، وأكل وشرب، ومات آخر النهار، وأما إن شقت حشويه وأكل وشرب وعاش أيامًا، فإنه يقتل قاتله بغير قسامة إذا أنفذت مقاتله، وكذلك لو انقع نخاع رقبته، وقاله ابن القاسم.

فصل: وقوله: «**قتلوا به جميعًا**» يريد أن الجماعة يقتلون بالواحد.

فصل: وقوله: «**فإن مات بغير ضربهم كانت قسامة**» يريد أن يشهد على الضرب شاهدان، فعاش المضروب ثم مات، ففيه القسامة لمات من ضربه، قاله ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «**وإذا كانت القسامة لم تكن إلا على رجل واحد**» هذا قول مالك وأكثر أصحابه. وقال أشهب: إن شاءوا أقسموا على واحد أو على اثنين أو على جميعهم، ثم لا يقتلون إلا واحدًا ممن أدخلوه في القسامة، وكان ذلك لقول الميت: دمي عند فلان، أو فلان، لا شهادة شاهد على القتل أو شاهدين على الضرب ثم عاش أياما.

وجه قول مالك أنه لا يقتل فى القسامة إلا واحد، فلا معنى للقسامة على غيره. ووجه قول أشهب أن القتيل إذا ادعى قتل جماعة له، فيجب أن تكون القسامة على قدر ذلك لأن الأيمان لا تكون إلا موافقة للدعوى.

* * *

القسامة فى قتل الخطأ

قال مالك: الْقَسَامَةُ فِى قَتْلِ الْخَطَأِ يُقْسِمُ الَّذِينَ يَدَّعُونَ الدَّمَ وَيَسْتَحِقُّونَهُ بِقَسَامَتِهِمْ، يَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، تَكُونُ عَلَى قَسْمِ مَوَارِيثِهِمْ مِنَ الدِّيَةِ، فَإِنْ كَانَ فِى الأَيْمَانِ كُسُورٌ إِذَا قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ، نُظِرَ إِلَى الَّذِي يَكُونُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ تِلْكَ الأَيْمَانِ إِذَا قُسِمَتْ، فَتُجْبَرُ عَلَيْهِ تِلْكَ الْيَمِينُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن ولاة الدم الذين يدعون الدم يقسمون فى قتل الخطأ مع الشاهد على القتل. قال أشهب: وكذلك إن قال دمى عند فلان قتلنى خطأ. وقال عبدالملك: ويؤخذ فى ذلك بشهادة النساء، فيمن علم الناس بموته، وقال ابن المواز: اختلف قول مالك فى القسامة على قول القتيل فى الخطأ. وقال عيسى بن دينار: أخبرنى من أثق به أن قول مالك فى الغريم لا يقسم فى الخطأ بقول الميت ثم رجع، فقال: يقسم مع قوله، قال القاضى أبو محمد.

وجه القول الأول أنه يتهم أن يريد غنى ولده الدم أعظم. ووجه القول الذى رجع إليه أنه معنى يوجب القسامة فى العمد، فأوجبها كالشاهد العدل.

فرع: فإذ اقلنا إنه يقسم مع قول القتيل، فإنه يقسم مع قول المسخوط والرجال والنساء، ما لم يكن صغيرًا أو عبدًا أو ذميًا.

فصل: وقوله: « **يحلفون خمسين يمينًا**» علق ذلك بالعدد؛ لأنها قسامة فى دم،

فاختصت بالخمسين كالعمد، ولهـذا المعنى يبدأ فيها المدعون، وتكون الأيمان على الورثة إن كانوا يحيطون بالميراث على قدر مواريثهم، فإن في الأيمان كسر، فالقسامة على أكثرهم خطأ منها، قاله مالك في المجموعة.

قال عبدالملك: لا ينظر إلى كثرة ما عليه من الأيمان، وإنما ينظر إلى أكثر تلك اليمين، قال ابن القاسم: فإن كان على أحدهم نصفها، وعلى الآخر ثلثها، وعلى الأخر سدسها، جبرت على صاحب النصف، وإن كان الوارث لا يحيط بالميراث، فإنه لا يأخذ حصة من الدية حتى يحلف خمسين يمينًا.

مسألة: ولا يحمل بعض الورثة عن بعض شيئًا من الأيمان في الخطأ كما يتحملها بعض العصبة عن بعض في العمد، إلا في جبر بعض اليمين، فإنها تجبره على أكثرهم منها على ما تقدم، قاله ابن القاسم. قال ابن المواز: لأنه مال ولا يتحمل أحد فيه اليمين عن غيره كالديون.

قال مالك: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَرَثَةٌ إلا النِّسَاءُ، فَإِنَّهُنَّ يَحْلِفْنَ، وَيَأْخُذْنَ الدِّيَةَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ إلا رَجُلٌ وَاحِدٌ، حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَأَخَذَ الدِّيَةَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ وَلا يَكُونُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن حكم القسامة في قتل الخطأ غير حكمها في قتل العمد؛ لأنها لما اختصت القسامة في الخطأ بالمال كان ذلك للورثة رجالاً كانوا أو نساء قل عددهم أو كثر، ولا يحلف في ذلك إلا وارث، وأما قتل العمد، فإن مقتضاه القصاص وإنما يقوم به العصبة من الرجال، فلذلك تعلقت الأيمان بهم دون النساء.

* * *

الميراث في القسامة

قال مالك: إِذَا قَبِلَ وُلاةُ الدَّمِ الدِّيَةَ، فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تعالى يَرِثُهَا بَنَاتُ الْمَيِّتِ وَأَخَوَاتُهُ وَمَنْ يَرِثُهُ مِنَ النِّسَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُحْرِزِ النِّسَاءُ مِيرَاثَهُ كَانَ مَا بَقِيَ مِنْ دِيَتِهِ لأَوْلَى النَّاسِ بِمِيرَاثِهِ مَعَ النِّسَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الولاة إذا قبلوا الدية، وتقدرت، فهي موروثة على كتاب الله عز وجل، وهذا إذا رضي بها الأولياء والقاتل، فإن رضي الأولياء دون القاتل: إنما لكم دمي ولا سبيل لكم إلى مالي.

فصل: وقوله: **«فهي موروثة على كتاب الله عز وجل يرثها بنات الميت وأخواته وسائر من يرثه من النساء»** الأم والزوجة والإخوة للأم والجدة.

والأصل في ذلك ما روى عن الضحاك بن أشيم الكلابي أنه قال: كتب إليَّ رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها.

قال مالك: إِذَا قَامَ بَعْضُ وَرَثَةِ الْمَقْتُولِ الَّذِي يُقْتَلُ خَطَأً، يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الدِّيَةِ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنْهَا، وَأَصْحَابُهُ غُيَّبٌ، لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ مِنَ الدِّيَةِ شَيْئًا قَلَّ وَلا كَثُرَ دُونَ أَنْ يَسْتَكْمِلَ الْقَسَامَةَ، يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا فَإِذَا حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا، اسْتَحَقَّ حِصَّتَهُ مِنَ الدِّيَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ الدَّمَ لا يَثْبُتُ إِلا بِخَمْسِينَ يَمِينًا، وَلا تَثْبُتُ الدِّيَةُ حَتَّى يَثْبُتَ الدَّمُ، فَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الْوَرَثَةِ أَحَدٌ حَلَفَ مِنَ الْخَمْسِينَ يَمِينًا بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ مِنْهَا، وَأَخَذَ حَقَّهُ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْوَرَثَةُ حُقُوقَهُمْ إِنْ جَاءَ أَخٌ لأُمٍّ، فَلَهُ السُّدُسُ، وَعَلَيْهِ مِنَ الْخَمْسِينَ يَمِينًا السُّدُسُ، فَمَنْ حَلَفَ اسْتَحَقَّ مِنَ الدِّيَةِ، وَمَنْ نَكَلَ بَطَلَ حَقُّهُ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا لَمْ يَبْلُغْ حَلَفَ الَّذِينَ حَضَرُوا خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ جَاءَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ حلف أَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ الْحُلُمَ، حَلَفَ كُلٌّ مِنْهُمَا يَحْلِفُونَ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ مِنَ الدِّيَةِ وَعَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ مِنْهَا.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن بعض ورثة القتيل إذا قام وسائرهم غيب، فإنه لا يأخذ شيئًا من الدية حتى يحلف خمسين يمينًا لأنه لا يستحق شيئًا منها إلا باستكمال الأيمان، فإن جاء بعد ذلك بعض من غاب حلف من الأيمان بقدر ما كان يجب عليه منها لو حضر جميعهم أول الأمر، وأخذ حصته من الدية وكذلك لو نكل بعضهم لم يستحق من لم ينكل شيئًا من الدية حتى يستكمل خمسين يمينًا، ويأخذ من الدية بقدر حصته منها لو حلف جميعهم ويبطل حق من نكل ومن غاب من الورثة أو كان صغيرًا فهو على حقه حتى يكبر الصغير، ويحضر الغائب، فيحلف بقدر حقه ويأخذه.

مسألة: فإذا أقسم الورثة ثبتت الدية على عاقلته، إن كانت له عاقلة، وإن لم تكن له عاقلة، ففي بيت المال مؤجلة لأن قتل الخطأ مبني على المواساة والتحمل عن القاتل، وإنما يقسم على القاتل إن كان واحدًا، وعلى جميعهم إن كانوا جماعة، وليس لأولياء

القتيل أن يقسموا على بعضهم لأن الدية تتبعض وتقسط عليهم بخلاف القصاص، فيجب تساوى عاقلة كل رجل منهم فيها بحسب ما يصيبه منها.

مسألة: ويمين الورثة عندى فى قسامة الخطأ على البت.

فصل: وقوله: **«فإن نكل بعض الورثة بطل حقه»** معناه بطل حقه من القسامة فى التوارث، والظاهر من قول محمد: يرجع نصيب من نكل إلى العاقلة بعد أيمانكم على العلم، فإن نكلوا دفعوا ذلك من نكل دون يمين.

ووجه ذلك عندى اعتبار الحقوق والمال، وإنما ترد اليمين لأنهم الغارمون، ولأن المدعى عليه القتل لو أقر لم يقبل إقراره، فلذلك تعلقت اليمين بالعاقلة دونه.

قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: إذا شهد شاهد على إقرار القاتل خطأ لم يجب به عليه وعلى عاقلته شىء إذا أنكر الشهادة لأنه كالشاهد على العاقلة، فإن ثبت على شهادته، ففى ذلك القسامة وعلى العاقلة الدية.

مسألة: ولو نكل جميع الورثة، قال فى المجموعة: إن نكل جميع ولاة القتيل حلف المدعى عليه خمسين يمينًا، يريد والله أعلم، فإن نكلوا غرموا.

ووجه ذلك أن الدعوى تؤول إلى مال، فاعتبرت فى النكول والاستحقاق به، الله أعلم وأحكم.

* * *

القسامة فى العبيد

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِى الْعَبِيدِ أَنَّهُ إِذَا أُصِيبَ الْعَبْدُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ يَمِينًا وَاحِدَةً، ثُمَّ كَانَ لَهُ قِيمَةُ عَبْدِهِ، وَلَيْسَ فِى العبد الْعَبِيدِ قَسَامَةٌ فِى عَمْدٍ وَلا خَطَإٍ وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالَ ذَلِكَ.

قال مالك: فَإِنْ قُتِلَ الْعَبْدُ عَبْدًا عَمْدًا أَوْ خَطَأً، لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ قَسَامَةٌ وَلا يَمِينٌ وَلا يَسْتَحِقُّ سَيِّدُهُ ذَلِكَ إلا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ أَوْ بِشَاهِدٍ، فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ.

قال مالك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا قتل عمدًا أو خطأ، فجاء سيده بشاهد واحد على ما يدعيه من قتله، فقد قال ابن المواز: لو قام شاهد على حر أنه قتل عبدًا لحلف سيده يمينًا واحدة، وأخذ قيمته من المدعى عليه، ثم يختلف في هذا ابن القاسم وأشهب قال: ويجلد مائة ويحبس سنة.

فصل: وقوله: «**وليس فى العبيد قسامة فى عمد ولا خطأ**» هذا هو المشهور عن مالك؛ لأن العبد مال، وقد روى ابن المواز أن العبد إذا قال: دمى عند فلان، فإنه يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا ويبرأ، قال أشهب: ويضرب مائة ويسجن سنة، فإن نكل حلف السيد يمينًا واحدة، واستحق قيمة عبده مع الضرب والسجن.

قال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يمينًا واحدة، ولا قيمة عليه، ولا ضرب، ولا سجن، فإن نكل غرم القيمة وضرب وسجن. وقال ابن الماجشون: إنما السجن استبراء، وكشف عن أمره، ويضرب أدبًا، ولا يضرب مائة وسجن سنة إلا من يملك سفك دمه بقسامة أو غيرها.

ووجه قول أشهب يحلف خمسين يمينًا لأنه مستحلف فى دم مسلم محرم عليه سفكه، ولا يبرأ من ذلك إلا بخمسين يمينًا كقتل الحر خطأ.

ووجه قول ابن القاسم أنه مال، فلم يجب عليه إلا يمين واحدة تبرئ من الدعوى كالديون وإنما يضرب مائة ويسجن عامًا ردعًا عن الدماء، والله أعلم.

* * *

انتهى الجزء الثامن ويليه بإذن الله الجزء التاسع

وأوله «كتاب العقول»

* * *

المحتويات